

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL UNINTER

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD

LINHA DE PESQUISA: JURISDIÇÃO E PROCESSO NA CONTEMPORANEIDADE

KARLA KARINY KNIHS

**VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS PRECEDENTES DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

CURITIBA

2018

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL UNINTER

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD

LINHA DE PESQUISA: JURISDIÇÃO E PROCESSO NA CONTEMPORANEIDADE

**VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS PRECEDENTES DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito do
Centro Universitário Internacional UNINTER.

Orientadora: Prof.^a Dr.^aEstefânia Maria de
Queiroz Barboza

KARLA KARINY KNIHS

Mestrado

Curitiba, Janeiro de 2018

TERMO DE APROVAÇÃO

KARLA KARINY KNIHS

VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional UNINTER como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Curitiba, 19 de janeiro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Estefânia Maria de Queiroz Barbosa
Orientadora

Prof.^a Dr.^a Cláudia Maria Barbosa
Avaliadora

Prof. Dr. Martinho Martins Botelho
Avaliador

Prof. Dr. Vicente de Paula Ataíde Junior
Avaliador

Para
Sofia, minha filha; e
Mara, minha mãe.

AGRADECIMENTOS

Na Academia, tive contato com o melhor, e com o pior do ser humano. Mas é preciso acreditar, sempre. Por isso, agradeço primeiramente a minha orientadora, que acreditou em mim e me aceitou como orientada três vezes, e como ser humano infinitas vezes. A Professora Estefânia, pessoa incrível, exemplo de vocação, de força, de inteligência e brilhantismo e, sobretudo, de humanidade. Nunca teve comigo senão atitudes nobres, palavras de incentivo e encorajamento. Obrigada por tudo!

Agradeço a FACEAR – Faculdade Educacional Araucária, na pessoa do professor e diretor geral, Murilo Andrade, por acreditar no meu trabalho e pelo apoio durante o mestrado.

Agradeço ao meu ex-professor e amigo Fabio Teixeira, por ter acreditado em mim como professora. Agradeço a Camila Salgueiro da Purificação Marques, Genilma Moura pela força e pelos conselhos. A Ivete Regis e Gesilaine Monteiro, por serem meus braços direito e esquerdo – e, às vezes, as pernas também, na graduação.

Agradeço à UNINTER, pela acolhida como aluna de graduação, de pós-graduação, de mestrado e, recentemente, como professora.

Agradeço a minha comadre, Luciane Pansolin, companhia de todas as horas, minha melhor e mais talentosa amiga. Obrigada por tudo, especialmente pela revisão final.

Agradeço a minha grande amiga Andrea Arruda Vaz, por ser sempre uma fonte de amor, carinho, apoio e um exemplo de pessoa. Uma professora e uma advogada incrível. Você é fundamental na minha vida.

Agradeço a minha mana, Bruna Pizzaia, por todos os momentos (e lanches) que dividimos. A minha querida Ana Renata, pelo carinho e por sempre me socorrer quando mais precisei. E a amiga Regeane Quetes, pela ajuda desde a confecção do projeto.

Agradeço especialmente à minha mãe, à minha filha, e ao meu marido, por tudo.

E por vezes

*E por vezes as noites duram meses
E por vezes os meses oceanos
E por vezes os braços que apertamos
nunca mais são os mesmos E por vezes
encontramos de nós em poucos meses
o que a noite nos fez em muitos anos
E por vezes fingimos que lembramos
E por vezes lembramos que por vezes
ao tomarmos o gosto aos oceanos
só o sarro das noites não dos meses
lá no fundo dos copos encontramos
E por vezes sorrimos ou choramos
E por vezes por vezes ah por vezes
num segundo se evolvem tantos anos
(David Mourão-Ferreira, 1973)*

RESUMO

A dissertação “Vinculação da Administração Pública aos Precedentes do Supremo Tribunal Federal em matéria de Direitos Fundamentais” busca enfrentar a questão acerca da necessidade/possibilidade/obrigatoriedade de a Administração Pública se vincular aos precedentes do STF, especialmente em matéria de Direitos Fundamentais. Isso porque, a Administração Pública, ao não vincular suas decisões administrativas aos precedentes judiciais da Corte, fere os princípios da Igualdade e da Segurança Jurídica, na medida em que, ao permitir tratamento desigual entre os cidadãos, empurra-os às portas do judiciário, causando seu abarrotamento, o que se comprova pelo estudo estatístico apresentado. Além disso, a atual postura da Administração Pública fere os princípios da Eficiência, da Eficácia e da Economicidade, onerando os cofres públicos e dificultando a consecução da Justiça Social. Por fim, a vinculação é tratada como forma de garantia a diversos princípios constitucionais, tais como o da igualdade, o da isonomia, o da impessoalidade, o da boa-fé, o da celeridade processual, o princípio democrático e o princípio Republicano. Tendo em vista que a Administração Pública não se vincula a precedentes judiciais, mais especificamente aos precedentes do Supremo Tribunal Federal em matéria de Direitos Fundamentais, são identificadas ferramentas no Direito que sejam capazes mudar esse quadro de maneira a promover a vinculação da Administração Pública aos precedentes do Supremo Tribunal Federal em matéria de Direitos Fundamentais, para a tutela de Direitos, de forma a conquistar a paz social. Assim, a pesquisa tem por objetivo identificar e analisar os fundamentos e os pressupostos legais que embasam a obrigatoriedade de observação do precedente vinculante na esfera administrativa. Conclui-se que a vinculação da Administração Pública a precedentes é necessária para reduzir a judicialização dos conflitos administrativos, protegendo o interesse público, bem como, para a consecução da finalidade da própria Administração. Ainda, promove a manutenção do Estado Democrático de Direito, mantendo a integridade do direito, tendo em vista que quando os conflitos não são resolvidos na esfera competente, mesmo se já pacificados pelo STF, o sistema torna-se excessivamente dispendioso para ser mantido, bem como, há ofensa aos direitos sociais e a geração de desigualdades.

Palavras-chave: Precedentes. Jurisdição Constitucional. Administração Pública. Supremo Tribunal Federal. Democracia. Direitos Fundamentais Sociais. Direito Processual.

ABSTRACT

The dissertation "Binding the Public Administration to the Precedents of the Federal Supreme Court about Fundamental Rights" seeks to address the issue of the need / possibility / obligation of Public Administration to link to precedents of the Supreme Court, especially in matters of Fundamental Rights. This is because the Public Administration, by not linking its administrative decisions to judicial precedents of the Court, violates the principles of Equality and Legal Security, inasmuch as, by allowing unequal treatment among citizens, it pushes them to the doors of the judiciary, causing them to be overcrowded, as evidenced by the statistical study presented. In addition, the current position of Public Administration violates the principles of Efficiency, Effectiveness and Economics, burdening public coffers and making it difficult to achieve Social Justice. Finally, the linkage is treated as a guarantee of several constitutional principles, such as equality, isonomy, impersonality, good faith, procedural speed, the democratic principle and the Republican principle. Given that the Public Administration is not linked to judicial precedents, more specifically to the precedents of the Federal Supreme Court about Fundamental Rights, tools are identified in the Law that are capable of changing this framework in such a way as to promote the linkage of the Public Administration with precedents of the Federal Supreme Court in matters of Fundamental Rights, for the protection of Rights, in order to conquer social peace. Thus, the research aims to identify and analyze the fundamentals and legal assumptions that support the obligation to observe the binding precedent in the administrative sphere. It is concluded that the linkage of Public Administration to precedents is necessary to reduce the judicialization of administrative conflicts, protecting the public interest, as well as, to achieve the purpose of the Administration itself. Furthermore, it promotes the maintenance of the Democratic State of Law, maintaining the integrity of the law, since when conflicts are not resolved in the competent sphere, even if already pacified by the Supreme Court, the system becomes excessively expensive to be maintained, as well as, there is an offense against social rights and the generation of inequalities.

Keywords: Precedents; Constitutional Jurisdiction; Public administration; Federal Court of Justice; Democracy; Fundamental Social Rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	– Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADECON	– Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADIn	– Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	– Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU	– Advocacia Geral da União
BPC	– Benefício da Prestação Continuada
CCJ	– Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
CF/88	– Constituição Federal de 1988
CNJ	– Conselho Nacional de Justiça
CPC	– Código de Processo Civil
NCPC	– Novo Código de Processo Civil
EUA	– Estados Unidos da América
INSS	– Instituto Nacional do Seguro Social
IRDR	– Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
LOAS	– Lei Orgânica da Assistência Social
MPOG	– Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão
MPU	– Ministério Público da União
PNAS	– Política Nacional de Assistência Social
PPGD	– Programa de Pós-Graduação em Direito
RCL	– Reclamação
RExt	– Recurso Extraordinário
STF	– Supremo Tribunal Federal
STJ	– Superior Tribunal de Justiça
TJ	– Tribunal de Justiça
TNU	– Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais
TRF4	– Tribunal Regional Federal da 4ª Região

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Assuntos mais demandados na Justiça Federal segundo o CNJ 2016 – ano base 2015	70
Gráfico 2 – Assuntos mais demandados na Justiça Federal por matéria – ano base 2015.....	71
Gráfico 3 – Assuntos mais demandados na Justiça Estadual – ano base 2015	72
Gráfico 4 – Distribuição por matéria – 2016/STF	73
Gráfico 5 – Distribuição por matéria – Direito Público – 2016/STF	74
Gráfico 6 – Classes mais recorrentes no STF – ano base de 2016	75
Gráfico 7 – Processos distribuídos em sede de controle concentrado – ano de 2016, por matéria	76
Gráfico 8 – Distribuição de ADINs no ano de 2016, por matéria	77
Gráfico 9 – ADCs distribuídas – ano de 2017, por matéria – STF.....	78
Gráfico 10 – ADPFs distribuídas – ano de 2016, por matéria – STF.....	79
Gráfico 11 – Reclamações distribuídas – ano de 2017, por matéria – STF	80
Gráfico 12 – Recursos Extraordinários distribuídos – ano de 2016, por matéria – STF.....	82
Gráfico 13 – Recursos Extraordinários com Agravo distribuídos – ano de 2016, por matéria – STF.....	83
Gráfico 14 – Repercussões Gerais – ano de 2016, por matéria – STF	84

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Distribuição por matéria – 2016/STF	73
Tabela 2 – Processos distribuídos em sede de controle concentrado – ano de 2016 – por matéria	76
Tabela 3 – Reclamações distribuídas – 2017	80

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 TEORIA GERAL DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	17
2.1 CONSTITUCIONALISMO, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E APROXIMAÇÃO DOS SISTEMAS <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i> : UM SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL	17
2.2 OS PRECEDENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, O REGIME JURÍDICO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	42
2.3 PRECEDENTES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	56
3 A VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS PRECEDENTES DO STF EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	68
3.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO MAIOR CLIENTE DO PODER JUDICIÁRIO	68
3.2 A QUESTÃO DA DISCRICIONARIEDADE E DA VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO E DIREITOS FUNDAMENTAIS	87
3.3 FUNDAMENTOS DOS PRECEDENTES E SUA APLICAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PRESSUPOSTOS JURÍDICOS PARA A ATRIBUIÇÃO DE FORÇA VINCULANTE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS	94
4 ESTUDO DE CASO: A VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	104
4.1 A QUESTÃO DA AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE AMPARO ASSISTENCIAL AO IDOSO E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LOAS).....	104
4.2 SEGURIDADE SOCIAL E O TRATAMENTO LEGAL DO BENEFÍCIO DE AMPARO ASSISTENCIAL AO IDOSO E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LOAS)	107
4.3 POSSIBILIDADE DE VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO AO ENTENDIMENTO PACIFICADO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA A AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE	117
5 CONCLUSÃO	124
6 REFERÊNCIAS.....	128
7 BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	141

1 INTRODUÇÃO

Segundo dados¹ do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Administração Pública é a grande cliente do Poder Judiciário, sendo a maior violadora de Direitos Fundamentais, vez que trabalha de forma ineficiente, gerando insegurança jurídica e um altíssimo custo financeiro e social para o País. O custo da Administração violadora compreende não só o assoberbamento da Advocacia Geral da União (AGU), já que ao não seguir precedentes do Supremo Tribunal Federal em matérias pacificadas em sede de Direitos Fundamentais, abarrotando com trabalho desnecessário toda a AGU, como também prejudica a Administração do Poder Judiciário, devido ao excesso de demandas que remete à apreciação do Judiciário, desnecessariamente.

Diante desse quadro, a presente dissertação tem por objeto o estudo da possibilidade de vinculação da Administração Pública aos precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) em matéria de Direitos Sociais Fundamentais, como forma de se alcançar justiça social e promover a eficiência administrativa, bem como, possibilitar a economia de recursos, poupando o erário de gastos desnecessários. A Administração Pública, em regra, não segue precedentes, seja em sede de controle concentrado (Súmulas Vinculantes, ADIn, etc.), seja em sede de controle difuso de constitucionalidade (HACHEM, 2014b).

Buscar-se-á, no presente estudo, demonstrar que a falta de vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais coloca em perigo o próprio Estado de Direito, posto que o atual sistema administrativo brasileiro é autofagitário: ao não adotar uma diretriz de uniformização dos entendimentos, especialmente em matéria de Direitos Sociais Fundamentais, desrespeitando flagrantemente o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal², funciona criando demandas desnecessárias, com a promoção sistemática e deliberada do inchaço da máquina pública.

¹ No ano de 2011, 83,19% das lides em sede de Justiça Federal envolvia o Setor Público Federal. Em 20,1% dos casos o Setor Público Federal ocupava o polo ativo, e em 48,7% dos casos ocupava o polo passivo. (CNJ/DPJ, 2012).

² CF/88. Art. 5º. [...]

§ 1º – As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Acachapada por uma alta carga tributária, a população brasileira não alcança adequadamente tutela aos seus direitos na via administrativa, sendo obrigada a judicializar os mais mezinhos conflitos – daí a nossa cultura da judicialização³. O sistema atual, pago a peso de ouro, produziu uma espécie de casta de alto escalão que não é capaz de promover a igualdade, a justiça social e bem comum, mas protege a si mesma, em detrimento do interesse público⁴.

Daí porque a escolha do tema se justifica; pela importância do estudo da necessidade de que a Administração se vincule aos precedentes judiciais do Supremo Tribunal Federal em matéria de Direitos Sociais Fundamentais, tanto em sede de controle concentrado quando de controle difuso, posto que a Administração Pública e o Judiciário adotam posicionamentos bastante diversos quanto à aplicação da legislação aos casos concretos, especialmente no que se refere à garantia de proteção aos direitos humanos e sociais.

³ Daniel Wunder Hachem (2014b, p. 220) fala em “os sem sentença” e os “com sentença”.

⁴ Sobre a desigualdade e disparidade existente entre os servidores: Enquanto funcionários do Executivo recebem, em média, R\$ 4,5 mil de auxílio-alimentação por ano, no Legislativo, o ganho é de R\$ 8,7 mil; no Ministério Público, de R\$ 9,7 mil; e, no Judiciário, de R\$ 10,8 mil. Reajuste não precisa ser especificado em lei. No serviço público, alguns são mais iguais do que outros. O Tesouro Nacional desembolsou, em 2014, R\$ 11,8 bilhões, para bancar quatro benefícios para os funcionários – auxílios alimentação, transporte, creche e assistência médica complementar – dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo. Para este ano, a previsão inicial é de gasto de R\$ 12,6 bilhões com esses itens, mas vários aumentos em discussão já indicam que a fatura será maior. De acordo com os dados apresentados pelo Ministério do Planejamento, porém, há uma profunda discrepância nos valores concedidos. Um servidor do Judiciário chega a embolsar 2,4 vezes a mais que seus colegas do Executivo. Essa remuneração indireta engorda consideravelmente os ganhos do funcionalismo. Em alguns casos, representa praticamente um 14º salário. Se considerarmos o auxílio-alimentação, um servidor do Poder Judiciário recebe, em média, uma subvenção anual de R\$ 10,8 mil. Entre os funcionários civis do Executivo, a quantia é de R\$ 4,5 mil no período. Entre os militares, o valor é menor ainda: R\$ 3,3 mil. Enquanto isso, os servidores do Ministério Público da União (MPU) recebem, no período, R\$ 9,7 mil. E os do Legislativo, R\$ 8,7 mil. A fatura não para de aumentar. Haverá um salto anual de R\$ 1,3 bilhão referente ao impacto causado pela correção de três desses itens, apenas para os trabalhadores civis do Poder Executivo, autorizada pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), no último dia 20. O auxílio-creche, desde 1995 sem correção, foi atualizado em 317,3%. O auxílio-alimentação e o plano de saúde suplementar tiveram índices de 22,5% e 23%, respectivamente, considerada a inflação de 2013 e 2014.” (BATISTA, 2015).

Veja-se, ainda, matéria no Correio Braziliense: **Funcionários públicos no Brasil têm salários maiores do que nos EUA**: “Os funcionários públicos brasileiros têm pouco o que reclamar dos salários caso vejam a remuneração que recebem trabalhadores com a mesma função no exterior. A comparação tornou-se mais fácil após a popularização de páginas na internet com informações salariais sobre todas as profissões, como, por exemplo, o site norte-americano PayScale (www.payscale.com). A robustez dos rendimentos do funcionalismo no país pode ser notada em funções dos Três Poderes. Mas, nos casos do Legislativo e do Judiciário, o contraste é ainda maior. Isso ocorre apesar de os Estados Unidos terem renda por habitante cinco vezes superior à brasileira.” (PINTO; FERRARI, 2016).

Afinal, se o que se procura é a efetivação dos direitos fundamentais ainda na esfera administrativa, por que o número de processos judiciais em que a Administração Pública figura como parte é tão grande e há tantas divergências de entendimento? Por que a Administração Pública não adota os precedentes vinculantes *erga omnes* já na esfera administrativa? Existem mecanismos no Direito que sustentem a vinculação da Administração Pública a precedentes? O objetivo do estudo compreende a discussão dessas questões.

Para o desenvolvimento da pesquisa e consecução de seus objetivos, utilizar-se-á os métodos dedutivo e indutivo: tanto analisando criticamente a postura dos intérpretes na esfera administrativa e judicial, por meio de levantamento de dados estatísticos junto ao site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), bem como, por meio de levantamento bibliográfico sobre o tema. Além disso, a fim de ilustrar a relevância do tema, apresentar-se-á estudo de caso, com a demonstração da discrepância de entendimentos entre o STF e a Administração Pública. Tendo em vista que a análise de decisões não é praxe em estudos brasileiros, posto que o sistema pátrio é o da *civil law*, o trabalho deve englobar pesquisa da doutrina, jurisprudência e lei, de forma interligada, bem como, levantamentos estatísticos.

No Capítulo 2 estudar-se-á especificamente, num primeiro momento, a teoria geral dos precedentes judiciais, expondo-se e discutindo-se a questão da jurisdição constitucional enquanto fonte do Direito, bem como, tratando da aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law* e do papel do sistema de precedentes no atual direito brasileiro. O estudo é importante na medida em que há a mitigação da ideia de que a aplicação estrita da lei seria a única maneira de se garantir segurança jurídica e igualdade, bem como, tendo em vista o impacto do constitucionalismo no *civil law*.

Num segundo momento, analisar-se-á o sistema de precedentes que vem se desenhando no Brasil, trazendo ao debate a questão do precedente como fonte normativa e o regime jurídico dos precedentes judiciais no Novo Código de Processo Civil, de 2015 (NCPC). Para tanto, comentar-se-á a redação dos principais dispositivos do CPC/2015 que tratam de precedentes, bem como, a questão da racionalidade das decisões e a necessidade da garantia de tutela jurídica efetiva e da justiça a todos.

Por fim, abordar-se-á a questão das decisões do Supremo Tribunal Federal e o que se pode ou deve considerar como precedente oriundo da Corte. Para alcançar esse objetivo analisar-se-á o papel do STF enquanto Corte Constitucional e recursal, bem como, quais as decisões dali emanadas deveriam vincular a Administração Pública, e sob quais fundamentos.

No Capítulo 3 apresentar-se-á, num primeiro momento, um estudo estatístico em que se demonstra que a Administração Pública é a maior cliente do Poder Judiciário, confirmando a hipótese lançada nos capítulos anteriores. Tendo em vista que a Administração Pública é responsável por mais de 70% dos processos existentes no País, o estudo estatístico compreende os assuntos mais demandados na Justiça Estadual e Federal e, em especial, a participação da Administração Pública nos processos distribuídos no STF no ano de 2016, tanto por matéria, quanto por classe processual.

Em seguida, far-se-á uma reflexão crítica acerca do tratamento jurídico dado ao ato administrativo, abordando-se a questão da vinculação e da discricionariedade administrativa, bem como, a questão da decisão judicial sobre atos administrativos no contexto do pós-positivismo e do constitucionalismo, tendo em vista que o controle do ato administrativo pode ser feito pelo Judiciário. Nesse viés, demonstrar-se-á que a jurisdição constitucional ganhou relevância, bem como, que há uma nova concepção do Direito Administrativo, especialmente para a consecução dos valores previstos na Constituição Federal.

Num último momento, esmiuçar-se-á os pressupostos jurídicos que garantiriam a atribuição de força vinculante aos precedentes judiciais, com a apresentação dos fundamentos legais que abrigariam a vinculação.

Ao final, no Capítulo 4, apresentar-se-á o estudo de caso escolhido para ilustrar a hipótese lançada, que se trata da questão da aferição da miserabilidade na concessão do Benefício de Amparo Assistencial ao Idoso e a Pessoa com Deficiência, popularmente conhecido como Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS). Trar-se-á discussão acerca da necessidade de adequação das decisões administrativas do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) aos precedentes do STF no que concerne à aferição da miserabilidade, previsto no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993, vez que a enorme disparidade do entendimento da Administração Pública em vistas das decisões do STF produz insegurança jurídica e uma enxurrada

de ações, onerando o Judiciário e a máquina pública, bem como, colocando em risco a consecução dos direitos sociais constitucionalmente previstos.

Assim, o último capítulo tem como principal objetivo demonstrar o atual posicionamento do STF no que se refere ao critério de concessão do benefício de amparo assistencial ao idoso e a pessoa com deficiência (LOAS), bem como, com base no já estudado nos capítulos anteriores, analisar a necessidade de vinculação da Administração Pública (INSS) aos precedentes judiciais do STF, a mais alta corte, que atualmente se posiciona pela flexibilização dos critérios para aferição da condição de miserabilidade, especialmente previsto no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993.

Para tanto, demonstrar-se-á que a Administração Pública não deve estar vinculada apenas e tão-somente à lei, e sim, também deve estar vinculada aos princípios constitucionais que fundamentam as decisões do STF – inclusive, sendo possível a utilização dos precedentes judiciais para fundamentar suas decisões em âmbito administrativo, sem ferir o princípio da legalidade administrativa.

Além disso, no estudo de caso propor-se-á que a vinculação do INSS aos precedentes do STF na matéria é capaz de trazer economia de enorme soma aos cofres públicos, tendo em vista que as negativas em âmbito administrativo – pautadas em uma legalidade restrita – produzem uma corrida ao judiciário, em razão da aludida disparidade de posicionamentos do INSS e do STF sobre os critérios de concessão do LOAS.

Por fim, será demonstrado que a atual postura da Administração Pública, ao não observar os precedentes exarados pelo STF, fere diversos princípios constitucionais, prejudicando a consecução dos direitos sociais e dos objetivos da República, bem como da realização democrática, uma vez que coloca em xeque diversos fundamentos do Estado Democrático de Direito, em especial, a cidadania e a dignidade da pessoa humana⁵.

⁵ “Um dos fundamentos do Estado Democrático é o que está explícito no parágrafo único do artigo 1º ‘todo o poder emana do povo’. É vago e genérico o dispositivo, se não entendermos a realidade sociológica da sociedade política. O povo não é um bloco monolítico, mas uma síntese de pequenas sociedades, imbricadas umas nas outras, a começar pelas famílias, seguindo pelas associações de classe, os sindicatos, as entidades religiosas, as categorias econômicas e dezenas de outros grupos menores. A Nação deve ser a síntese de todas essas entidades que, juridicamente, se representam no Estado. Há, pois, como no organismo biológico, a diversidade na unidade. Isso é o que se poderia designar como um pluralismo social. A harmonia resulta do

2 TEORIA GERAL DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Nesse capítulo trataremos da teoria geral dos precedentes judiciais a partir dos sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law*, tendo em vista que a compreensão dos principais conceitos e ideias, bem como da evolução histórica dessa teoria e do constitucionalismo, é essencial para o entendimento do momento presente, em que a discussão do efeito vinculante dos “precedentes”, em sentido amplo, encontra-se cada vez mais em voga, especialmente após o tratamento dado ao tema pelo novo CPC/2015. De igual sorte, o estudo do regime jurídico dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil tem relevância, já que os princípios que lhe servem de base também são válidos para a Administração Pública. Por fim, em razão do destaque que se dá ao Supremo Tribunal Federal enquanto criador de precedentes vinculantes, o estudo do significado de precedente para o STF é imprescindível para a delimitação do papel da Administração Pública diante da jurisdição constitucional.

2.1 CONSTITUCIONALISMO, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E APROXIMAÇÃO DOS SISTEMAS *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*: UM SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL

Segundo Chiovenda (2000, p. 3) jurisdição é a “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos”. A jurisdição, seria, portanto, uma das funções estatais, e responsável pelo cumprimento da lei, tornando efetivo o direito. Em outras palavras, jurisdição é um poder-função-dever do Estado, que delega a juízes e tribunais, por força de uma Constituição, poderes para a solução das lides que lhe são submetidas a julgamento, a fim de tornar efetiva a Lei.

A jurisdição constitucional, por sua vez, diz respeito à proteção das liberdades públicas e dos direitos sociais, através de remédios constitucionais tais

fato de que cada segmento realiza a sua função específica, com a sua autonomia, porém sem perder o sentido do todo. Cada cidadão detém parcela do poder do Estado, dentro de seu grupo; por isso, ‘todo poder emana do povo’. Mas o cidadão, para participar na vida do Estado, não pode fazê-lo isoladamente; precisa de instrumentos e meios”. (SILVEIRA NETO, 1989, p. 33).

como a Ação Popular, o Mandado de Segurança, etc., e do controle de constitucionalidade. No Brasil, tal controle se dá pelos modelos difuso-concreto⁶ e concentrado-abstrato⁷, tendo em vista que o sistema jurídico dispõe preponderantemente de mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. Ou seja: por atribuição constitucional, o Brasil adota o sistema jurisdicional⁸ de controle de constitucionalidade, sendo, portanto, o Poder Judiciário o responsável principal pelo controle de constitucionalidade, ainda que não de maneira exclusiva, tendo em vista o princípio da Separação de Poderes⁹. Há meios de controle de constitucionalidade na via legislativa/política, através do chamado Controle Político¹⁰. Contudo, a realização do controle de constitucionalidade fora da esfera do Poder Judiciário não é comum, e isso se dá por razões históricas, como será visto a seguir. (FERREIRA, 2017).

Segundo Serau Junior (2011, p. 30) o constitucionalismo moderno mostra-se como instrumento mais eficaz na proteção e na garantia dos direitos fundamentais do que seus antecedentes histórico-filosóficos (especialmente em relação à tradição

⁶ O controle difuso-concreto é caracterizado pelo poder dado a todo e qualquer juiz ou tribunal de realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição.

⁷ O controle concentrado-abstrato, por sua vez, se dá por meio de ações específicas, quais sejam: a) Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica – ADI ou ADIn (art. 102, inc. I, a, CF/88); b) Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva – ADIn Interventiva (art. 36, inc. III, CF/88); c) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADIn por Omissão (art. 103, § 2º); d) Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADECON ou ADC (art. 102, inc. I, a, *in fine*, CF/88); e) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (art. 102, § 1º, CF/88).

⁸ Temos, também, o Controle Preventivo de Constitucionalidade, que pode ser feito pelos Poderes Legislativo e Executivo. O Controle Preventivo de Constitucionalidade feito pelo Poder Judiciário diz respeito ao devido processo legislativo. No Legislativo, há o controle realizado pelas Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), em que o Poder Legislativo verifica se o projeto de lei apresentado possui algum vício de inconstitucionalidade. Na Câmara dos Deputados o controle é exercido pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, de acordo com o estabelecido na Resolução da Câmara dos Deputados nº 20 de 2004. Já no Senado Federal, o controle é feito pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, de acordo com o artigo 101 de seu Regimento Interno.

⁹ Conforme Ataíde Junior (2013): “O princípio da separação dos poderes, que no Estado Legislativo acentuava a função legislativa, em detrimento das demais funções (ou ‘poderes’), passa a ser redimensionado na transição para o Estado Constitucional, no qual a lei ‘vem submetida a uma relação de adequação e, portanto, de subordinação, a um estrato mais alto de direito estabelecido pela Constituição’ [ZAGREBELSKY, G. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 7. ed. Madrid, Trotta, 2007. p. 34]. (ATAÍDE JUNIOR, 2013, p. 94) [...] “Consequentemente, no Estado Constitucional, deixa de haver ‘separação’ de poderes, para dar lugar a uma ‘harmonização’ de funções do Estado, visando a garantir a plena efetividade aos planos da Constituição.” (ATAÍDE JUNIOR, 2013, p. 95).

¹⁰ Normalmente, o controle político de constitucionalidade ativa, ou por ação, é exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo. Contudo, o controle de constitucionalidade, no Brasil, é preponderantemente exercido pelo Poder Judiciário.

jusnaturalista). Para o autor, “a organização constitucional dos poderes públicos não possui outro objetivo senão o de resguardar os direitos fundamentais, os quais são a ‘pedra de toque’ do constitucionalismo” (SERAU JUNIOR, 2011, p. 31). No mesmo sentido, Paulo Bonavides (2003, p. 80-82) assinala que o constitucionalismo se traduz não só na organização político-social da sociedade, sendo o atual modelo um conjunto de mecanismos normativos e institucionais desenhados num sistema jurídico-político historicamente determinado, que limitam os poderes do Estado e protegem os direitos fundamentais. Por fim Fioravanti (2013, p. 10), estudando os princípios fundamentais da Constituição Democrática, afirma que:

A democracia constitucional de hoje – aquela que vem sendo definida historicamente sob nossos olhos – não é mais uma democracia puramente parlamentar ou puramente popular, no sentido de uma democracia da vontade geral, que se constrói substancialmente segundo a regra da maioria. Antes do povo que escolhe a sua maioria e os seus representantes, há um povo que estabeleceu na Constituição as regras fundamentais da sua existência. Antes da diretiva política de maioria há a diretiva constitucional. Pode-se dizer de um modo um pouco enfático: o povo da Constituição prevalece sobre o povo da maioria. A Constituição, portanto, precede todos os poderes constituídos, incluindo o do legislador representante do povo soberano. Esta simples ideia, da supremacia da Constituição, é antigüíssima e, ao mesmo tempo, atualíssima, porque renovada pelo movimento constituinte geral [...].

Pulcinelli (2016, p. 29) salienta que, “a rigor, pode-se entender o constitucionalismo então como uma reflexão teórico-abstrata sobre como a sociedade pretende limitar e organizar o exercício do poder”. Segundo a autora, os instrumentos para a consecução desse desiderato são diversos, tais como: limitação do poder por meio do sistema de freios e contrapesos; estabelecimento de mandato determinado para os governantes; a previsão constitucional de uma abertura dialógica através de instrumentos de participação popular; a garantia do multiculturalismo ou mesmo, a consagração de direitos fundamentais, porque estes, em última análise, estabelecem finalidades para o poder público das quais ele não pode se afastar.

Dessa forma, a própria finalidade constitucional, o *telos* que a legitima e dá unidade de conteúdo, está na organização dos poderes sendo subordinada à garantia dos direitos fundamentais, o que asseguraria a sua legitimidade: os direitos

fundamentais, assim, seriam a norma fundamental que daria sentido à própria Constituição¹¹. (CAMPOS, 1956, p. 95).

Para Kelsen (2003, p. 125) “Constituição, lei, regulamento, ato administrativo e sentença, ato de execução, são simplesmente as etapas típicas da formação da vontade coletiva no Estado moderno”. O autor afirma, ainda, que jurisdição constitucional “é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais”.

Foram os Estados Unidos da América os responsáveis por idealizar e aplicar o chamado *judicial review of legislation* (Vide WALDRON, 2006), ou seja, o sistema difuso de controle de constitucionalidade, em que o juiz tem não só o poder, mas o dever de entregar ao jurisdicionado decisão compatível com os preceitos constitucionais, podendo decidir pela inconstitucionalidade de uma norma ou interpretá-la de forma a resguardar a Constituição.

Nessa seara, é necessário ressaltar a importância d’**Os artigos federalistas** (HAMILTON; MADISON; JAY, 2015)¹² para a construção do constitucionalismo atual: como após a independência dos Estados Unidos, em 1776, era necessária a criação de uma Constituição, houve a publicação de 85 (oitenta e cinco) artigos acerca do governo federativo, em que se delineou o sistema de *checks and balances*, a separação e limitação constitucional dos Poderes, a proteção às liberdades individuais; e, principalmente, a proteção da vontade do povo, sendo resguardada e declarada a supremacia da vontade do povo, na própria Constituição. De tal forma que os federalistas¹³ tiveram papel primordial no desenho do atual controle de constitucionalidade. Isso porque, o povo, na defesa dos interesses expressos na Constituição, passou a contar com o controle de um Poder sobre o

¹¹ Segundo Fioravanti (2013, p. 11): “Essa ideia de supremacia da Constituição renasce após a guerra para implementar uma virada radical, para assegurar a todos que agora existiria uma lei fundamental capaz de impedir que se reafirmassem, no futuro, as condições para um retorno ao recente passado ditatorial. Este é o primeiro significado da Constituição democrática, ou seja, de garantia, de limite”.

¹² Ver, especialmente, **Federalist nº 1. General Introduction for the Independent Journal**. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed01.asp>. Acesso em: 12 jan. 2018.

¹³ Vide, nesse sentido, **Federalist nº 48. These Departments Should be so far separated as to have no Constitutional Control Over Each Other**. From the New York Packet. Friday, February 1, 1788. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed48.asp>. Acesso em: 12 jan. 2018.

outro¹⁴, sendo possível, por exemplo, a intervenção do Poder Judiciário nos atos do Executivo ou do Poder Legislativo, a fim de se evitar a atuação abusiva, i.e., aprovação de lei ou prática de ato administrativo ilegal¹⁵. Daí também se percebe que os federalistas promoveram o fortalecimento e o protagonismo do Poder Judiciário¹⁶, de forma que, com o sistema de freios e contrapesos se pudesse garantir, em primeiro lugar, a supremacia da Constituição, bem como, a liberdade individual. Nesse sentido, os federalistas ressaltaram a importância do papel dos juízes, que, por meio da jurisdição constitucional, devem garantir os Direitos Fundamentais e a proteção das minorias, de tal forma que não haja diminuição de Direitos pela vontade da maioria ou por arbitrariedades advindas dos Poderes Legislativo e Executivo.

Acerca da história da jurisdição constitucional é importante ressaltar que Kelsen (2003, p. VIII) defendeu a criação de um órgão jurisdicional – a Corte Constitucional – o único competente para exercer o controle de constitucionalidade dos atos do legislativo e do executivo, segundo um modelo exclusivo de “controle concentrado” que se estendeu posteriormente a várias Constituições europeias. Kelsen, a fim de justificar a criação de tal Corte, afirmou que “a jurisdição constitucional seria um elemento do sistema de medidas técnicas que teria por fim garantir o exercício regular das funções estatais” (KELSEN, 2003, p. VIII). Assim, por meio do controle concentrado de constitucionalidade, pretendeu estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Kelsen, porém, não chegou a idealizar o sistema de controle difuso de constitucionalidade.

¹⁴ É de Montesquieu a ideia de separação dos Poderes, mas os EUA criaram o modelo de Federalismo com o controle entre os Poderes.

¹⁵ Cf. Maliska (2017): “O direito constitucional é um ramo do conhecimento jurídico que tem por objeto a vida política de um país, na forma como ela é concebida e regulamentada no texto constitucional. Desde a Revolução Francesa o conteúdo da Constituição está relacionado às noções de Separação dos Poderes e Direitos Fundamentais. Há, portanto, um conteúdo para as Constituições desde então. Em maior ou menor medida os países tendem a adotar textos constitucionais com essas características. O Brasil segue essa formalidade constitucional desde a sua primeira Constituição em 1824.”

¹⁶ Vide Barbosa (2002, p. 1) “O Estado Liberal, assentado na teoria da separação de poderes, tem-se desenvolvido de forma não linear, privilegiando a atuação de um ou outro poder em cada momento histórico, tendo-se formado sobre forte impacto do Poder Legislativo, evoluído no sentido de demandar uma maior atuação do Poder Executivo, para finalmente privilegiar o Poder Judiciário, a quem se atribuiu em muitos países, principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial, a função de garantidor não apenas dos direitos individuais clássicos do liberalismo, mas também aqueles de segunda e terceira gerações que ilustram estas últimas décadas.”

Ainda, lançando o olhar ao pós-guerra, destaca-se a importância das Constituições europeias que não se limitavam mais a apenas estabelecer competências, estruturar os poderes públicos e definir alguns direitos fundamentais, mas passaram a conter as chamadas normas programáticas¹⁷, bem como, passaram a adotar conceitos indeterminados¹⁸, sendo que os juízes deveriam interpretar esses conceitos por meio dos princípios constitucionais, tornando o *abstrato* em direitos concretos. (LYNCH, MENDONÇA, 2017, p. 977-978). Essa necessidade de abertura do texto constitucional trouxe, portanto, um novo papel ao juiz, que deixa de ser mera “boca da lei¹⁹”, sendo responsável, inclusive, pelo controle de constitucionalidade.

Assim, historicamente, o Brasil importou a sua noção de controle concreto de constitucionalidade dos ideários europeus do constitucionalismo pós-guerra²⁰, que buscaram analisar de forma objetiva a compatibilidade do ato estatal ao preceito constitucional, passando a adotar, também, o controle difuso de constitucionalidade idealizado pelos norte-americanos a partir da Constituição de 1891. Entretanto, a doutrina majoritária entende que foi a Constituição de 1988²¹ a responsável pelo

¹⁷ Normas programáticas são aquelas que trazem os objetivos a serem cumpridos pelos órgãos estatais (legislativo, executivo, judiciário e administrativo) para a realização dos fins sociais do estado. São exemplos de normas programáticas os artigos 6º, 196 e 205 da Constituição Federal de 1988

¹⁸ “Tanto as cláusulas gerais, quanto os conceitos legais indeterminados são elementos normativos de conteúdo vago e impreciso, carecendo de integração pelo intérprete. A diferença é que, no caso dos conceitos legais, a consequência jurídica é prevista pela norma, ao passo que as cláusulas gerais permitem ao juiz preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta.” (FILIPPO, 2015, p. 447).

¹⁹ Conforme Barboza (2005, p. 163): “No positivismo era possível aceitar que as normas escritas trouxessem em si sentido único, objetivo e determinado para todas as situações; era possível também acreditar que o intérprete era mero revelador do conteúdo preexistente na norma. Portanto, os limites ao papel interpretativo do Judiciário já se encontravam na própria norma escrita, não lhe sendo admitido qualquer criatividade em sua concretização. O constitucionalismo rompe com essa visão tradicional ao estabelecer a supremacia dos direitos humanos. Essas normas, dotadas de conteúdo moral e aberto, fornecem apenas o início de solução, não sendo possível que na sua exteriorização escrita existam todos os elementos para formação do seu sentido. [...] a consequente opção pelo constitucionalismo por diversos países, colocou os direitos humanos no centro do debate jurídico, transferindo questões de conteúdo moral e político ao Judiciário.”

²⁰ Chamado por alguns autores de “neoconstitucionalismo”, geralmente identificado como a teoria constitucional elaborada a partir da década de 1970, tendo por referência o conjunto de textos constitucionais europeus surgidos depois da segunda guerra. (LYNCH, MENDONÇA, 2017, p. 977).

²¹ “Foi com base no modelo americano que a Constituição brasileira de 1891 adotou o federalismo e o presidencialismo, bem como deu aos juízes o poder de declarar a inconstitucionalidade dos diplomas legislativos e dos atos executivos, tendo em vista que no topo do poder, ao lado do Presidente e do Congresso, apontava-se como a mais original das instituições americanas, garantidora, através do gênio de seus juízes, da adaptação da Constituição às novas realidades em perpétua mudança, a Corte Suprema, esta que serviu de paradigma ao Supremo Tribunal Federal brasileiro”. (GAIO JR., 2016, p. 354).

novo papel dado aos Poderes em sede de controle de constitucionalidade. No Brasil se adota, portanto, o sistema misto de controle de constitucionalidade, ou seja, todo juiz pode deixar de aplicar uma determinada lei ao fato concreto caso repute-a inconstitucional, sendo possível, inclusive, que aplique a lei interpretando-a conforme a Constituição, mesmo que isso signifique alterar o sentido original da norma²².

²² Nesse sentido, é importante destacar o estudo de Iam Cram (2007) acerca do princípio da legalidade no *common law*. Para o autor, os direitos fundamentais não podem ser revogados por lei, havendo a supremacia dos direitos humanos, acima das leis emanadas pelo Legislativo, de tal forma que a interpretação legal e constitucional deve ser feita sob o prisma dos direitos fundamentais: *"Commitment to the concept of human rights is a defining characteristic of western democracies' constitutionalism in the post Second World War era. The ideals of individual freedom and the equal worth and dignity of all persons enjoy a hitherto unimagined level of endorsement in national legal systems as well as in the international legal system. Of course, it is a matter for each state to decide how best to protect these ideals, bearing mind the distinct historical traditions and practices that are to be found at home. (119) Nonetheless, the assertion by Lorraine Weinrib in an article about the Canadian Charter of Rights and Freedoms (120) that "democracy in the multicultural, constitutional state can no longer amount to the election of a temporary, all powerful government, sustained by and sustaining the cultural preferences of the historical majority," (121) may also be thought to capture a key feature of the new constitutional settlement in the United Kingdom. The argument in this article has been that, although technically repealable, the Human Rights Act is best understood as stating a new constitutional relationship between Parliament and the courts in which each is able to make a distinctive contribution to the furtherance of rights protection. In this new constitutional order, democratic decision-making does not simply mean securing the approval in legislatures of temporary political majorities. (122) Instead, there now exists a more rounded understanding of constitutionalism in which the courts share in the task of policing the boundaries of a rights-based democracy with the legislature and executive. The evidence presented in this article points to a rather sophisticated understanding on the part of the courts of the possibilities and limits of judicial contributions to rights protection. The first six years of the Act's operation reveal a nuanced, flexible jurisprudence that allows for robust judicial protection of rights through strained interpretation in certain cases, while opting for declarations of incompatibility in others. In the case of the latter, a review of legislative aftermaths indicates that this weaker form of dialogue has proved capable not only of forcing both the executive and legislature to take matters of principle seriously, but, on a number of occasions, of prompting the amendment of the offending statutory provisions. Talk of "judicial overkill" has thus been shown to be wide of the mark. By contrast, the Lord Chancellor's prediction in 1997 of a new era of dynamic cooperation between the courts, executive, and Parliament has been proved right, even if, at that time, he understated the role that would be played by section 4 of the 1998 Act."*

“O compromisso com o conceito de direitos humanos é uma característica determinante do constitucionalismo das democracias ocidentais na pós-Segunda Guerra Mundial. Os ideais da liberdade individual, a igualdade e dignidade de todas as pessoas gozam de um nível de aprovação até então inimaginável nos sistemas jurídicos nacionais, bem como no sistema jurídico internacional. Claro, é uma questão para cada estado decidir qual a melhor maneira de proteger esses ideais, tendo em mente as tradições e práticas históricas distintas que se encontram em casa. (119) No entanto, a afirmação de Lorraine Weinrib em um artigo sobre a Carta Canadense dos Direitos e Liberdades (120) de que "a democracia no estado multicultural e constitucional não pode mais ser a eleição de um governo temporário e poderoso, sustentado por e sustentando as preferências culturais da maioria histórica", (121) também pode ser considerada uma característica fundamental do novo acordo constitucional no Reino Unido. O argumento neste artigo foi que, embora tecnicamente revogável, o *Human Rights Act* é melhor entendido como declarando uma nova relação constitucional entre o Parlamento e os tribunais em que cada um é capaz de dar um contributo distintivo para a promoção da proteção de direitos. Nessa nova ordem constitucional, a tomada de decisão democrática não significa simplesmente garantir a aprovação em legislaturas de maiorias políticas temporárias. (122) Em vez disso, existe agora

Nas palavras de Marinoni (2016, p. 57):

A lei passa a encontrar limite e contorno nos princípios constitucionais, o que significa que deixa de ter apenas legitimação formal, restando substancialmente amarrada aos direitos positivados na Constituição. A lei não mais vale por si, porém depende da sua adequação aos direitos fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, torna-se exato agora afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais. (MARINONI, 2016, p. 57).

Barroso (2007, p. 4) afirma que foi a Constituição de 1988 a responsável pelo renascimento do Direito Constitucional brasileiro, propiciando o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana²³ do País. Nas palavras do autor: “Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração”. Para ele, a Constituição de 1988 foi capaz de promover o Estado Democrático de Direito²⁴.

uma compreensão mais acertada do constitucionalismo em que os tribunais compartilham a tarefa de policiar os limites de uma democracia baseada em direitos com o legislativo e o executivo. A evidência apresentada neste artigo aponta para um entendimento bastante sofisticado por parte dos tribunais das possibilidades e limites das contribuições judiciais para a proteção de direitos. Os primeiros seis anos da operação da Lei revelam uma jurisprudência matizada e flexível que permite uma proteção judicial robusta dos direitos através de interpretação severa em certos casos, ao optar por declarações de incompatibilidade em outros. No caso deste último, uma revisão das consequências legislativas indica que essa forma mais fraca de diálogo provou ser capaz não só de forçar tanto o executivo quanto o legislativo a tomar questões principiológicas a sério, mas, em várias ocasiões, de motivar a alteração das disposições legais ofensivas. A conversa sobre o “excesso de justiça” foi, assim, demonstrada como sendo amplificada. Por outro lado, a previsão de Lord Chanceler em 1997, demonstra uma nova era de cooperação dinâmica entre os Tribunais, o Executivo, e o Parlamento mesmo que, naquela época, se tenha subestimado o papel que seria interpretado pela seção 4 do ato de 1998”. (tradução nossa).

²³ Vide Maliska (2017). O autor traz uma série de questionamentos, em especial no que se refere a atual crise institucional brasileira (2017): “Há uma cultura constitucional no Brasil? O direito constitucional no Brasil está mais para um conjunto de formalidades constitucionais que funcionam muito precariamente no mundo real, ou é possível sustentar que o constitucionalismo no Brasil criou raízes, está incorporado na vida política, social, econômica e cultural dos brasileiros? O constitucionalismo no Brasil se expressa espontaneamente no agir das pessoas e das instituições, ou é mais uma retórica formal utilizada segundo as conveniências do momento político, econômico e social que vive o país?”. Para o autor “o momento político, econômico e social atual vivido no Brasil exige reflexões dessa natureza. Sem dúvida o Brasil se encontra em sua pior crise na vigência da Constituição de 1988 e reflexões sobre a efetividade do texto constitucional necessitam ser realizadas. A crença no papel decisivo do jurista na efetividade da constituição parece hoje demonstrar não ser suficiente. É necessário mais. A constituição depende de elementos de base, que não se encontram em seu texto, mas na realidade constitucional.”

²⁴ Há aqueles que pensam em sentido contrário: veja, por exemplo a tese de Heloisa Camara (2017), onde a autora demonstra que, mesmo no período da Ditadura Militar, houveram intensos debates na busca do sentido do constitucionalismo, não tendo sido a Constituição mera coadjuvante. Ver, também, Lynch e Mendonça (2017, p. 974-1007). Os autores revisitam criticamente as teorias de base do constitucionalismo da efetividade, sugerindo que há nele a incorporação ideológica da noção de força normativa da Constituição (Hesse), além da pretensão

Segundo o autor, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988, sendo que a causa determinante foi a ampliação do direito de propositura²⁵. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental (BARROSO, 2007, p. 9).

Percebe-se, portanto, que o Brasil criou um sistema jurisdicional com maior participação do Poder Judiciário²⁶, e com o protagonismo do Supremo Tribunal

de fundar um constitucionalismo “verdadeiro” (Faoro), de tal forma que esses métodos acabaram por relegar a história constitucional brasileira a segundo plano. Os autores sugerem que se leve a história constitucional a sério, tanto por seu valor crítico quanto por sua potencialidade hermenêutica, a fim de haja um neoconstitucionalismo mais consistente. Por fim, os autores criticam a falta de conhecimento da história constitucional brasileira.

²⁵ Sobre a ampliação do direito de propositura ver Arantes (1999). Para o autor: “O Ministério Público brasileiro está passando por um importante processo de reconstrução institucional que, associado à normatização de direitos coletivos e à emergência de novos instrumentos processuais, tem resultado no alargamento do acesso à Justiça no Brasil e, em especial, na canalização de conflitos coletivos para o âmbito judicial. O Ministério Público tem sido o agente mais importante da defesa de direitos coletivos pela via judicial e, dado que os conflitos relativos a tais direitos têm geralmente conotação política, pode-se dizer que também tem impulsionado um processo mais amplo de judicialização de conflitos políticos e, no sentido inverso, de politização do sistema judicial.

Esse duplo movimento de judicialização/politização tem balizamentos jurídicos e políticos. Do ponto de vista legislativo, desde pelo menos o início dos anos 80, temos assistido a um importante processo de normatização de direitos que, em função de sua natureza difusa e/ou coletiva, encontravam-se até então excluídos do ordenamento jurídico brasileiro. Refiro-me especialmente a áreas como meio ambiente, patrimônio histórico e cultural e direitos do consumidor, num primeiro momento. Em seguida, essa normatização ampliou-se em direção ao patrimônio público e ao controle da probidade administrativa, até chegar aos serviços de relevância pública que envolvem direitos fundamentais como saúde, educação, trabalho, segurança, lazer etc. O instrumento capaz de ensejar a defesa judicial de tais interesses e direitos – a ação civil pública – teve sua existência legal regulamentada em 1985.

Do ponto de vista político, a redemocratização do país produziu forte impacto sobre o sistema de justiça. De um lado, a demanda por justiça, em grande parte represada nos anos de autoritarismo, inundou o Poder Judiciário com o fim dos constrangimentos impostos pelo regime militar ao seu livre funcionamento. De outro, a democratização e o retorno ao Estado de direito recolocaram a necessidade de juízes e árbitros legítimos para decidir eventuais conflitos entre sociedade e governo e entre os poderes do próprio Estado. Este papel foi atribuído em grande medida ao Poder Judiciário.

A Constituição de 1988 representa um marco jurídico e político desse processo. Ela consolidou em norma fundamental mudanças legislativas anteriores, na área dos direitos difusos e coletivos, além de fornecer as bases para a ampliação da codificação de novos direitos transindividuais. Ela também arremessou as instituições judiciais à esfera política quando ampliou as formas de controle judicial da constitucionalidade de atos normativos do Executivo e de leis do Parlamento.^[1]

Foi além nesse sentido quando retirou o Ministério Público da alçada do Poder Executivo, conferindo-lhe autonomia administrativa e independência funcional, deslocando-o da tarefa de defender o Estado para a condição de fiscal e guardião dos direitos da sociedade.”

Nota do autor: ^[1] Analiso o sistema de controle constitucional brasileiro em Arantes (1997).”

²⁶ Acerca dessa particularidade, Marinoni (2009, p. 42) reflete sobre o papel dos magistrados: “O fato de o controle da constitucionalidade poder ser feito por qualquer juiz ou tribunal, e não apenas por um Tribunal Constitucional, confere ao juiz brasileiro uma posição de destaque no

Federal, surgindo, daí, a necessidade de observância de grande racionalidade e critérios para a criação da jurisprudência. Afinal, se os Tribunais divergem entre si, fica evidente a falta de coerência dos órgãos jurisdicionais, pois a falta de coerência das decisões decorre de um tratamento desigual dado aos jurisdicionados, ferindo-se a isonomia, comprometendo-se a segurança jurídica – corolário do Estado Democrático de Direito²⁷ –, violando-se o princípio da igualdade e colocando-se em xeque o princípio Republicano²⁸, e, em última análise, a própria democracia. Isso porque a igualdade é primordial para a consecução dos objetivos da democracia, especialmente no que se refere à consecução de políticas universais²⁹. A falta de coerência decorre, em grande medida, de uma errônea aplicação de

civil law. Ao contrário do que ocorre em grande parte do direito continental europeu, em que o controle da constitucionalidade não é deferido à “magistratura ordinária”, todo e qualquer juiz brasileiro tem o poder-dever de realizar o controle da constitucionalidade nos casos concretos. Isto confere ao sistema judicial brasileiro uma grande particularidade, na medida em que o juiz de 1º grau de jurisdição, ao decidir os casos concretos, tem o poder de negar a lei desconforme a Constituição, assim como de dar sentido judicial à lei por meio das técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade, além de suprir a omissão do legislador em face dos direitos fundamentais. Trata-se de um poder de ampla latitude, que faz do juiz brasileiro uma figura que em nada se assemelha ao magistrado da tradição do *civil law*.”

²⁷ Conforme se depreende do Preâmbulo da CF/88: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a *segurança*, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a *justiça* como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”. (grifo nosso).

²⁸ O princípio republicano está previsto no artigo 1º da CF/88:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Segundo Montesquieu o governo republicano é “aquele em que o povo, como um só corpo ou somente uma parcela do povo, exerce o poder soberano. Quando em uma república, o povo, formando um só corpo, tem o poder soberano, isso vem a ser uma democracia”. (MONTESQUIEU, 2002, p. 23). Conforme se depreende da própria redação constitucional, o princípio Republicano se confunde com as características da República, sendo a base do Estado brasileiro.

²⁹ Conforme Fioravanti (2013, p. 12): “É em nome dos direitos da pessoa e do princípio da igual dignidade social, na base do mesmo e único título, que se afirmam tanto a intangibilidade das liberdades pessoais, quanto os direitos em matéria social, o direito à assistência, à educação, à retribuição equânime e proporcional.”.

discrecionalidade, tanto por parte da Administração Pública quanto por parte dos próprios juízes, conforme será melhor explicado adiante.

Ressalte-se, inclusive, que a adoção pelo Brasil do sistema de controle concentrado e difuso de constitucionalidade, pensado a partir das fontes históricas supra aludidas, determina um limite aos juízes, não podendo aqueles decidirem como bem entenderem caso o próprio Supremo Tribunal Federal já tenha apreciado a matéria, seja em controle concentrado ou difuso, tendo em vista ser a Corte o órgão encarregado de dar a interpretação final³⁰ nas matérias constitucionais. Ou seja: não pode o juiz considerar uma lei constitucional quando o próprio STF a tenha declarado inconstitucional, ou, ao contrário, declarar a sua inconstitucionalidade quando a própria Corte a tenha declarado constitucional.

Miguel Godoy (2017, p. 98 e ss.), por outro lado, faz uma crítica à supremacia judicial, reivindicando a devolução ao povo do papel de protagonista na interpretação e aplicação da Constituição. O autor defende que a tarefa de efetiva interpretação da Constituição seja dividida entre os Poderes, os órgãos, as instituições e todos eles e o povo, da tal forma que se retiraria das cortes e se compartilharia a tarefa de interpretar a Constituição. Godoy (2015, p. 89) afirma que “a interpretação feita pelo Poder Judiciário é importante, mas deve ser encarada como mais uma, e não como a única correta”³¹.

Ou seja, para onde se olhe, há a preocupação com a manutenção da legitimidade da Constituição: tanto no sistema do *civil law* como no do *common law*, apesar das origens diversas, há a preocupação com a manutenção da coerência e proteção aos preceitos constitucionais³². De tal forma que a jurisdição brasileira

³⁰ Sobre o assunto, veja-se a discussão proposta por Conrado Hübner Mendes (2008): “O controle de constitucionalidade de leis sempre foi objeto de desconfiança da teoria democrática. Sob qual justificativa juízes não eleitos podem ter a última palavra sobre o significado de direitos fundamentais? [...] Alguns a responderam em favor desse arranjo, outros em defesa da supremacia do parlamento [...] a tese investiga uma saída alternativa para esse dilema, oferecida pelas ‘teorias do diálogo institucional’. Segundo essa corrente, a última palavra, na democracia, não existe. [...]”.

³¹ “Por outro lado, quando essas questões mais fundamentais são entregues ao Poder Judiciário para que ele decida em definitivo, qual é a interpretação adequada da constituição, esvaziam-se as competências e deveres dos representantes do povo e exclui-se o próprio povo dessa tarefa. Além disso, essa postura da supremacia judicial promove a irresponsabilidade dos legisladores, os quais diante de questões polêmicas e controversas se eximem de exercer sua função e delegam a decisão definitiva a Suprema Corte.” (GODOY, 2017, p. 99-100).

³² “O precedente judicial é um tema fascinante. Primeiramente, por uma razão muito simples: ele está presente em todo e qualquer sistema jurídico. Em qualquer país, independentemente da sua filiação a esta ou àquela família jurídica, a decisão de um caso tomada anteriormente pelo

atual, especialmente após a entrada em vigor do Código de Processo Civil em 2015, deixa transparecer um fenômeno que já vinha ocorrendo mesmo na vigência do Código do Processo Civil de 1973, qual seja, a aproximação dos sistemas de *civil law*³³ e *common law*³⁴ e a adoção de um sistema de ‘precedentes’.

A criação de um sistema de precedentes – que foi se desenhando mesmo antes da atual Constituição – e que está ainda tomando forma, bem como a recente importância que tem se dado ao tema, segundo Wambier (2012, p. 483 e ss.) decorre, muito provavelmente, do fato de que a mesma questão jurídica é decidida de formas diferentes por diversos tribunais brasileiros, o que confirma a hipótese supramencionada, de que a preocupação com a coerência do Judiciário não é algo novo; não é incomum, inclusive, que a mesma questão seja decidida de formas diferentes por um mesmo tribunal. Não raramente são os próprios Tribunais de cúpula, que deveriam dar a última palavra sobre o sentido da CF/88, que proferem decisões diferentes acerca da mesma questão de direito, além de alterarem a sua jurisprudência rapidamente³⁵⁻³⁶.

Judiciário constitui, para os casos a ele semelhantes, um precedente judicial. Apenas seus atributos, tais como seu poder criativo ou meramente declarativo, seu caráter persuasivo ou obrigatório, é que vão depender dos contornos atribuídos a ele pelo sistema jurídico estabelecido.” (SOUZA, 2013, p. 15).

³³ Para Barbosa (2002, p. 99-100): “Nos países da *civil law* a função da lei é outra. A norma é o elemento central do sistema, que vai permitir a análise dos fatos e a prestação jurisdicional devida. A organização e sistematização das normas, em códigos, buscam produzir um sistema jurídico completo e coerente, próprio do sistema romano germânico”.

³⁴ De acordo com Barbosa (2002, p. 48): “O desenvolvimento da *common law* enquanto um direito costumeiro, resultante dos costumes do povo inglês foi de tal forma transportada ao imaginário jurídico continental, que tornou-se usual apontá-la como uma das diferenças centrais entre os dois sistemas jurídicos tratados, afirmando-se ser a *civil law* um direito predominantemente legal, que tem, portanto como fonte primária do direito a lei, e o *common law* um direito consuetudinário, que teria como fonte primordial o costume. Esta é, no entanto uma ideia equivocada. O direito forma-se a partir do costume, mas ele é aquilo que o juiz diz que deve ser. Dito de outra forma, sua fonte primária não é o costume do povo inglês, mas as decisões tomadas pelos juízes nos casos que lhe são submetidos. Neste sentido, é um direito judiciário, e não um direito costumeiro [...]”.

³⁵ “Todavia, o sistema que prega a legislação, seja ela codificada ou não, como uma única fonte vinculante do direito, mostra-se, hoje, insuficiente, sobretudo no que diz respeito à necessária correspondência entre o que está previsto em tese na legislação e a realidade nos tribunais e juízos, especificamente nos brasileiros, seja no campo do direito material, seja no campo do direito processual. E mais: a crise por que passa o Poder Judiciário brasileiro atinge profundamente verdades que se têm por estabelecidas. Está na hora de se pensar em mudanças a partir de estudos sobre questões primordiais, como o precedente judicial”. (SOUZA, 2013, p. 18).

³⁶ Há, inclusive críticas ao STF no que se refere à discrepância de suas decisões. Conrado Hübner Mendes (2010) afirma que o Supremo se constitui de “11 ilhas”: “O aperfeiçoamento da deliberação colegiada do STF contribuiria para a qualidade do debate público. E o Supremo se apresentaria não somente como autoridade que toma decisões a serem obedecidas, mas

Nas palavras de Wambier (2012):

A preocupação com as decisões conflitantes dos tribunais superiores e, por conseguinte, dos demais órgãos do Judiciário, extrapolou a academia e se tornou preocupante para o operador de direito por três razões: a) o fenômeno passou a ser excessivamente frequente, somado a muitas bruscas mudanças de “opinião” dos Tribunais; b) muitas dessas decisões conflitantes são proferidas para resolver controvérsias que envolvem *questões de massa*. Nesse caso, a ofensa à isonomia é mais gritante e, portanto, intolerável; c) passou a ser escancaradamente visível o fato de que o princípio da legalidade, da isonomia, ficam inteiramente comprometidos e a necessidade de que haja segurança jurídica e certa dose saudável de previsibilidade tornam-se irrealizáveis no plano empírico, nesse contexto. (WAMBIER, 2012, p. 483-484). (grifos no original).

Ou seja: o excesso de decisões conflitantes deu azo às discussões sobre a necessidade do desenvolvimento de formas de manter a coerência das decisões (por exemplo, com a adoção de súmulas vinculantes), daí porque a utilização de um sistema de precedentes – ainda em construção – traz a possibilidade de um diálogo entre o povo, o Judiciário e a Administração Pública, conforme proposto por Godoy (2017), especialmente no que se refere aos direitos fundamentais sociais e a consecução de políticas públicas, tendo em vista que se tratam de normas abertas cuja aplicação exige justamente a interpretação e, conseqüentemente, repita-se, o diálogo entre povo, judiciário e Administração Pública. De tal forma que a criação do precedente nessas matérias é forma de garantir a isonomia entre os cidadãos e a integridade na prestação estatal de políticas públicas.

Nesse contexto em que o tema dos precedentes ganha destaque, especialmente pela necessidade da tutela igualitária de direitos, importante o estudo

também como fórum que oferece razões a serem debatidas. Criaria uma oportunidade de reforçar sua legitimidade. O STF não é infalível. Seus erros, assim como acertos, integram o processo de aprendizado democrático. Errando ou acertando, contudo, não pode se dar ao luxo de sonegar razões claras e colegiadas que possamos desafiar, recusar ou apoiar. Não pode continuar a se proteger por trás de sua filosofia decisória ‘historicamente consolidada’, de um emaranhado de opiniões individuais que não fazem, aparentemente, esforço para convergir. A celebração de um tribunal ‘descolegiado’, ao invocar passivamente tal tradição como álibi, é perniciosa para o Estado de Direito.”

da teoria do *stare decisis*³⁷ surgida nos países de tradição do *common law*³⁸, em que os precedentes exarados por um tribunal superior vinculam todos os demais órgãos jurisdicionais inferiores, e que tem exercido grande influência no ordenamento jurídico brasileiro (BARBOZA, 2011)³⁹, a partir do que já ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos, em que a decisão da Suprema Corte a respeito de questões constitucionais é capaz de vincular juízes e tribunais, com eficácia *erga omnes*.

Segundo Barboza (2005, p. 164 e ss.) “a doutrina do *stare decisis* traz a ideia de que os precedentes devem ser seguidos quando, em casos subsequentes, os fatos materiais mais relevantes são os mesmos”. Esta doutrina é a base dos sistemas jurídicos de *common law*, tais como o que se adota na Inglaterra, Estados Unidos, Canadá etc.

Para Barboza (2005, p. 23), o fenômeno não ocorre apenas no Brasil: há uma tendência mundial a caminho da “Juristocracia”⁴⁰, com o protagonismo do Poder Judiciário na tomada de decisões acerca de casos importantes não só nos sistemas de *common law*, mas também nos sistemas de *civil law*, tendo em vista que não se pode pretender segurança jurídica tomando-se por base apenas o que está escrito nos textos normativos. Para a autora, o Poder Judiciário, ao decidir com base em princípios e a fim de garantir proteção aos Direitos Fundamentais, pode afastar a

³⁷ O termo tem raiz no brocardo latino *stare decisis et non quieta movere* (“mantenha-se a decisão e não ofenda o que foi decidido”). A teoria tem seus prós e contras, conforme informa Souza (2013, p. 19): “As desvantagens e as vantagens apontadas na teoria do *stare decisis* são pormenorizadamente discutidas. De um lado, a rigidez, a complexidade, as distinções ilógicas, a morosidade no aperfeiçoamento, a ofensa ao princípio da persuasão racional do juiz e a ofensa ao princípio da separação de poderes; do outro, a estabilidade, a previsibilidade ou certeza do direito, a precisão, a celeridade, o aprimoramento do trabalho decisório do juiz e a igualdade – fundamento derradeiro de justiça.

³⁸ “[...] o *common law* é um corpo de regras prescrevendo conduta social que se aplica pela jurisdição real, salvo nos casos de jurisdição especial, nos quais o reconhecimento do costume local, ou liberty, é admitido pela corte real”. (ABBOUD, 2014, p. 287).

³⁹ Para Abboud (2014, p. 289) “[...] nunca existiu uma barreira indevassável e intransponível entre as duas tradições jurídicas, bem como permite esclarecer que a possível relação entre os dois sistemas existiu desde sempre não se tratando de fenômeno recente apto a justificar modismos como uma espécie de ‘commonlização’ de nosso direito ou a instituição de precedentes em nosso ordenamento.”

⁴⁰ O termo é utilizado pela autora conforme entendimento de Hirschl, para quem juristocracia significa o “movimento de judicialização da política decorrente das reformas constitucionais que ocorreram em diversos países e que, a partir desse novo modelo constitucional, deu poderes sem precedentes ao Poder Judiciário, transformando os tribunais em importantes órgãos de tomadas de decisões políticas”. (HIRSCHL^[1] *apud* BARBOZA, 2011, p. 23).

[1] HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Harvard University Press, 2004.

aplicação da lei, criando um sistema de precedentes e dando nova dimensão à jurisprudência⁴¹. (BARBOZA, 2011, p. 23)⁴².

Isso porque, conforme Fioravanti (2013, p. 11), os Direitos Fundamentais possuem caráter inviolável, sendo o valor primário da Constituição o de garantia. “Garantia de uma esfera inviolável que não pode ser arbitrariamente invadida pelo poder político ou por outra forma de poder sobrestante que possa ameaçar a integridade da pessoa”. De tal forma que o texto constitucional, na medida em que garante num texto aberto e de forma abstrata os Direitos Fundamentais, necessita de um trabalho interpretativo, que acaba sendo feito pelo Poder Judiciário. Tal papel conferido a esse Poder exige o diálogo com o Povo, não havendo que se falar em “última palavra”⁴³, tendo em vista o princípio democrático.

Como disposto por Marinoni, (2016, p. 31), não se deve confundir *common law* com *stare decisis*. O *common law* existiu por vários séculos sem *stare decisis*, sendo este último um instrumento para garantir a coerência interna do próprio Poder Judiciário. Para o autor, o *stare decisis* constitui apenas um elemento moderno do *common law*, tendo sido primordial para o desenvolvimento do mesmo.

Para Oliveira (2016, p. 47-48), o *stare decisis* é mais abrangente do que o precedente e teria como vantagens a justiça da decisão, a previsibilidade, a eficiência do processo e a estabilidade. Para o autor:

⁴¹ De outro lado, há aqueles que se preocupam com o protagonismo do Poder Judiciário, alegando que os este vem trocando a lei por ponderação de princípios, como, por exemplo, Eros Grau para quem “juízes, desembargadores e ministros têm fugido de um princípio básico – julgar com base na lei – para aplicar ponderação entre princípios”. O ex-ministro argumenta haver a substituição do controle de constitucionalidade pelo controle da proporcionalidade da lei, o que seria uma profunda agressão à legalidade e à certeza jurídica, pois não haveria possibilidade de manter o Estado Democrático de Direito à margem do positivismo jurídico porque ele que mantém a democracia.” (GRILLO, 2017).

⁴² Marinoni (2009, p. 19) defende que o precedente não cria o direito, mas se *constitui* em Direito, já que a decisão do juiz da *common law* não tem a mesma força e qualidade do produto elaborado pelo Poder Legislativo. Isso porque a decisão não se equipararia à lei pelo fato de ter força obrigatória para os demais juízes. Contudo, segundo o autor “seria possível argumentar que a decisão, por ter força obrigatória, constitui direito”.

⁴³ Conforme Conrado Hübner Mendes (2008, p. 214): “Na separação de poderes, a interação é inevitável. A interação deliberativa é um ganho; a interação puramente adversarial, se não chega a ser uma perda, desperdiça seu potencial epistêmico. [...] A revisão judicial não precisa ser vista apenas como um dique ou uma barreira de contenção, mas também como um mecanismo propulsor de melhores deliberações. Não serve somente para (tentar) nos proteger da política quando esta sucumbe ao pânico ou irracionalidade, mas para desafiá-la e superar-se em qualidade”.

[...] a aplicação da doutrina do *stare decisis* tem como premissas e objetivos a uniformidade da aplicação do direito (igualdade), a previsibilidade da conduta jurisdicional e o respeito a decisões e entendimentos jurídicos passados, desde que não descontextualizados da realidade (estabilidade e segurança jurídica). (OLIVEIRA, 2016, p. 47-48).

Por sua vez, pode-se conceituar ‘precedentes judiciais’ como “resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, já foi resolvida uma vez por um tribunal noutro caso” (LARENZ, 2009, p. 611). Ainda, para Romão e Pinto (2015, p. 36):

[...] sob o prisma empírico, precedente é um pronunciamento judicial que serve de ponto de partida ou modelo para julgamento de casos subsequentes que tratem da questão semelhante, cuja eficácia (vinculante ou persuasiva) dependerá do ordenamento jurídico em que inserido. (ROMÃO; PINTO, 2015, p. 36).

Wambier (2012, p. 485), por sua vez, afirma que precedente é “uma decisão sobre um conflito existente entre Maria e João, que é seguida, obedecida e respeitada, no conflito posterior, igual, entre Silvio e Josefa”. A afirmação da autora é demasiadamente reducionista, mas serve para ilustrar o funcionamento do precedente, que deve seguir uma racionalidade. Evaristo Aragão Santos (2012, p. 143) entende que o precedente está expresso na *ideia* de uma decisão, de tal forma que a decisão, ainda que não dotada de força vinculativa formal, tendo potencial para influenciar na solução de casos futuros, pode ser considerada, de maneira ampla, como um precedente judicial.

Frise-se, porém, que nem toda decisão judicial é precedente. Assim como jurisprudência não é precedente⁴⁴. Para que seja considerado precedente, é necessário que a decisão possua razões que orientem outras decisões em casos análogos, promovendo a coerência da ordem jurídica, bem como, seja capaz de manter a segurança jurídica e o respeito à igualdade de todos perante o Direito – em última análise, o precedente é capaz de garantir legitimidade à ordem jurídica posta pela Constituição.

Importante destacar que, no Brasil, o ‘conceito de precedente’ e um sistema de precedentes estão ainda em formação, e têm se desenvolvido no próprio sistema

⁴⁴ Isso porque o precedente representa a singularidade de decisão, inaugurando o entendimento na seara jurídica, já a jurisprudência representa uma multiplicidade de decisões no mesmo sentido fático ou jurídico. (SANTOS, 2012, p. 146).

jurídico-processual brasileiro, com subordinação à Constituição Federal⁴⁵. A criação de institutos jurídico-processuais para o respeito a precedentes no direito brasileiro não é prática nova, vide, por exemplo, as súmulas, de tal forma que, aqui, “o precedente judicial precisa ser pensado a partir da nossa realidade”, e, a partir da nossa realidade, devem ser feitas as críticas necessárias. Contudo, desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, em que houve um alargamento da matéria, o sistema de precedentes brasileiro vem sofrendo uma enxurrada de críticas, como se tivesse sido “importado ontem” do sistema *common law*⁴⁶. Em realidade, o sistema de precedentes já utilizado no Brasil foi criado no sistema do *civil law brasileiro*, ainda que com influência de ideias estrangeiras, já que no mundo atual a circulação de ideias é rápida, e decorre muito mais de imposição legal do que de supostos modismos de práticas estrangeiras. Temos, portanto, um sistema de precedentes legitimamente brasileiro⁴⁷. (OLIVEIRA, 2016, p. 46-47).

Contudo, é importante notar que o sistema de precedentes não pretende retirar poderes do Legislativo, e nem diminui a necessidade da atividade legislativa. Nas palavras de Marinoni (2009, p. 19):

[...] ainda que se possa admitir que o *common law*, na sua origem inglesa, era complementado pelo Legislativo, [...] a existência de lei não se opõe ao

⁴⁵ “Na verdade, pelo menos em termos acadêmicos, o precedente judicial, na tradição do *civil law* (tradição romano-germânica ou continental), à qual o sistema jurídico brasileiro é filiado, foi indevidamente relegado a um segundo plano, uma vez que a legislação é a forma de produção jurídica por excelência. Diferentemente do que ocorre nos sistemas jurídicos filiados à tradição do *common law*, no qual o precedente constitui importantíssima fonte do Direito, de observância quase sempre obrigatória, sendo, por isso, um elemento caracterizador dessa tradição. Nos sistemas jurídicos filiados à tradição romano-germânica, vigora o primado da lei, fonte quase que exclusiva do Direito, considerando-se o precedente apenas como interpretação ou esclarecimento, meramente persuasivo, do direito vazado na legislação. E mais do que isso, já a partir do século XVIII, ocorre na Europa movimento codificador, que encontrou o seu ápice no Código Napoleônico e que foi precursor das muitas codificações modernas, granjeando o aplauso tanto de legisladores como de estudiosos do Direito, da época e de hoje”. (SOUZA, 2013, p. 17).

⁴⁶ Vide, sobre o assunto, Oliveira Júnior (2017).

⁴⁷ Destaca Dworkin (2010, p. 176): “A força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto uma peça de legislação.

Contudo, a inadequação de tal abordagem sugere uma teoria superior. A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo. Um precedente é um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuro.

Essa explicação geral da força gravitacional do precedente explica a característica que invalidou a teoria da promulgação das leis, aquela segundo a qual a força de um precedente escapa à linguagem do voto em que é formulado.”

common law, ou, mais importante ainda e bem mais fácil de ser visualizado, a profusão de leis não exclui a necessidade de um sistema de precedentes. (MARINONI, 2009, p. 19).

Tanto é assim que os próprios Códigos trouxeram cláusulas gerais e conceitos indeterminados, que acabam por depender da definição de seus significados pelo Poder Judiciário^{48,49}.

Nesse sentido, Mendes (2008, p. 213) afirma que “a democracia não é diferente de um ‘café filosófico’ porque precisa tomar decisões”, ou seja, há a necessidade de cooperação entre os Poderes e o Povo, de tal forma que há a responsabilidade coletiva pela busca da melhor resposta. Daí porque a corte pode ser um “catalisador deliberativo” no esforço para fazer da democracia “um regime que não apenas separe maiorias e minorias, estruture a competição política periódica e selecione as elites vencedoras e perdedoras, mas também seja capaz de discernir entre bons e maus argumentos.” O sistema de precedentes não pretende, portanto, criar uma espécie de ditadura do Judiciário – mas antes garantir legitimidade democrática – com a promoção de segurança jurídica e equidade.

Frise-se que tanto o *civil law* quanto o *common law* influenciaram um ao outro reciprocamente⁵⁰. Marinoni (2009, p. 11-58), acerca da aproximação entre os sistemas de *civil law* e *common law*, ressalta a necessidade de que haja no Brasil o respeito aos precedentes. Mesmo tendo o Brasil adotado o sistema do *civil law*, de

⁴⁸ “Tanto as cláusulas gerais, quanto os conceitos legais indeterminados são elementos normativos de conteúdo vago e impreciso, carecendo de integração pelo intérprete. A diferença é que, no caso dos conceitos legais, a consequência jurídica é prevista pela norma, ao passo que as cláusulas gerais permitem ao juiz preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta.” (FILIPPO, 2015, p. 447).

⁴⁹ Vide, por exemplo, a redação do artigo 581 do Código Civil:

Art. 581. Se o comodato não tiver prazo convencional, presumir-se-lhe-á o necessário para o uso concedido; não podendo o comodante, *salvo necessidade imprevista e urgente, reconhecida pelo juiz*, suspender o uso e gozo da coisa emprestada, antes de findo o prazo convencional, ou o que se determine pelo uso outorgado.

Veja-se que é necessária a atuação do judiciário para determinar o que seria “necessidade imprevista e urgente”.

⁵⁰ Para Streck e Abboud (2014, e-book), não há que se falar em uma aproximação entre os sistemas. Os autores tecem críticas à forma como os precedentes tem sido desenhados no Brasil em seu livro: “O que é isto: o precedente judicial e as Súmulas Vinculantes”: “Ao contrário do que possa transparecer, desde seus primórdios, as duas tradições jurídicas não estavam totalmente alheias às recíprocas influências. Por exemplo, o próprio Montesquieu ressalta ter extraído sua percepção acerca da divisão de poderes a partir da constituição inglesa. [...] nunca existiu uma barreira indevassável e intransponível entre as duas tradições jurídicas, bem como permite esclarecer que possível relação entre os dois sistemas existiu desde sempre, não se tratando de fenômeno recente apto a justificar modismos como uma espécie de *commonlização* de nosso direito ou a instituição do sistema de precedentes em nosso ordenamento”.

origem romano-germânica, que dá preferência à lei escrita, à codificação, é possível perceber, repita-se, que o Poder Judiciário já vinha se preocupando em manter uma certa padronização de suas decisões, em nome da segurança jurídica e da celeridade processual – vide, por exemplo, a criação das Súmulas Vinculantes, em 2004⁵¹, sendo que o Código de Processo Civil de 2015 ampliou tal necessidade de observância de precedentes, com objetivo de estabilizar a jurisprudência e imprimir efetividade ao processo, ao atribuir efeitos obrigatórios e gerais aos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em recursos extraordinários e especiais repetitivos (CPC/2015, art. 988, *caput* e § 5º⁵²), aos acórdãos produzidos pelos demais tribunais, em incidente de resolução de demandas repetitivas (CPC/2015, art. 928 e arts. 976 a 978) e em incidente de assunção de competência (CPC/2015, art. 947).

Assim, com a publicação e posterior vigência do novo Código de Processo Civil, os precedentes ganharam ainda mais relevância, sendo que as decisões reiteradas em casos julgados em instâncias superiores devem ser observadas pelas demais instâncias, como precedente vinculante, sob pena de cassação do entendimento divergente através de reclamação⁵³. Houve, portanto, a consolidação

⁵¹ Vide Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o artigo 103-A à Constituição Federal: “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.” (Incluído pela EC 45/2004).

A Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, regulamenta o artigo 103-A da Constituição Federal, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

⁵² CPC/2015.

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

[...]

§ 5º – É inadmissível a reclamação:

I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

⁵³ A reclamação é o remédio jurídico que assegura especificamente o efeito vinculante. Segundo Pinheiro Neto (2016, p. 225) “a reclamação é um instrumento que visa preservar a competência do Supremo Tribunal Federal a fim de garantir a autoridade de suas decisões em face de desrespeito plasmado em decisões judiciais ou ações ou omissões da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal”. Acerca da origem da reclamação constitucional, Lobo (2015, p. 134) assim explica: “A reclamação constitucional surgiu no direito brasileiro como uma construção jurisprudencial do STF, a partir da aplicação da teoria dos poderes implícitos do direito estadunidense. Essa teoria que tem origem na decisão da Suprema Corte Americana no caso *Mac Culloch versus Maryland*, sustenta que inexistia dispositivo na Constituição que excluía

do efeito vinculante, com natureza impositiva e com capacidade de obrigar não somente o Judiciário, mas especialmente os Poderes Legislativo e Executivo.

Nas palavras de Marinoni (2009, p. 19-20):

O *common law* considera o precedente como fonte de direito. Note-se, contudo, que quando um precedente interpreta a lei ou a Constituição, como acontece especialmente nos Estados Unidos, há, evidentemente, direito preexistente com força normativa, de modo que seria absurdo pensar que o juiz, neste caso, cria um direito novo. Na verdade, também no caso em que havia apenas costume, existia direito preexistente, o direito costumeiro. A circunstância de o precedente ser admitido como fonte de direito está muito longe de constituir um indício de que o juiz cria o direito a partir da sua própria vontade. Nesta perspectiva, a força obrigatória do precedente, ou a admissão do precedente como fonte de direito, não significa que o Judiciário tem poder para criar o direito.

[...]

O que permite dizer que o juiz do *common law* cria o direito é a comparação do seu papel com a do juiz da tradição do *civil law*, cuja função se limitava à mecânica aplicação da lei.

O fenômeno da aproximação entre os sistemas do *civil law* e *common law* se acentuou após a promulgação da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que a nova ordem constitucional trouxe uma maior preocupação da doutrina na busca da efetivação de direitos fundamentais sociais, bem como, houve o repensar da divisão dos Poderes, em detrimento do classicamente pensado por

poderes incidentais e implícitos, o que requereria que cada competência fosse minuciosamente descrita”.

Importante ressaltar que a Reclamação, por força do artigo 103-A da Constituição Federal, cabe, inclusive, em face de ato administrativo, *verbis*:

“§ 3º – Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

Por fim, a Reclamação tem objetivamente duas finalidades, quais sejam: preservar a competência do Supremo Tribunal Federal e garantir o respeito às decisões do Supremo Tribunal Federal, de tal forma que, inclusive a Administração Pública, deve observar as decisões proferidas pelo STF em sede de reclamação.

Embora o instituto da reclamação não seja novo, pois já era previsto constitucionalmente, o CPC/2015 ampliou o cabimento de reclamação nos artigos 988 a 993. Conforme Spadoni (2016, p. 510) “a reclamação é remédio que visa a garantir que decisões jurisdicionais sejam respeitadas e fielmente cumpridas”. O NCPC prevê o cabimento da reclamação para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante, julgamento do STF em controle concentrado de constitucionalidade, julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas e julgamento de assunção de competência. Ainda, se admite o cabimento de reclamação para observância de julgamentos proferidos em recursos especiais repetitivos ou de repercussão geral, quando já esgotadas as instâncias ordinárias.

De tal forma que todas essas decisões devem ser obrigatoriamente observadas pelos órgãos jurisdicionais e pelos Tribunais, tratando-se, portando, de precedentes de obrigatoriedade forte. (SPADONI, 2016, p. 511).

Montesquieu⁵⁴. No Brasil, não apenas por se adotar o sistema do *civil law*, o sistema de precedentes foi visto por alguns doutrinadores como uma indevida preponderância do Poder Judiciário sobre os demais Poderes⁵⁵, uma ameaça à divisão de Poderes e um risco ao sistema de *checks and balances* – o sistema de freios e contrapesos – que comprometeria a própria democracia. Isso porque tais autores, como Lenio Luiz Streck (2016a, 2016b), José Afonso da Silva (LÉLLIS, 2013) e Nelson Nery Junior⁵⁶ (POMBO, 2016), acredita(va)m que o sistema de precedentes poderia gerar o engessamento do Judiciário, trazendo uma situação de estagnação jurisprudencial, vez que não haveria alteração na jurisprudência. Ainda, esses autores temem pela “acomodação dos juízes”.

Ocorre que tais ideias foram fomentadas, em parte, pelo desconhecimento do próprio sistema de precedentes, ou pela desconfiança que paira sobre os juízes, com a crítica ao ativismo judicial⁵⁷ e ao fato de que não são democraticamente eleitos

⁵⁴ Entre os doutrinadores contrários a essa ideia estão Lenio Luiz Streck, Georges Aboudd e Eros Grau.

⁵⁵ Sobre a existência de afronta ao Princípio da Separação dos Poderes pela adoção de precedentes obrigatórios vide Thiago Baldani Gomes de Filippo (2015, p. 23): “[...] o princípio da separação dos poderes não condiz com uma situação estanque e independente da ordem constitucional, mas a ela deve se amoldar, segundo a ideia de freios e contrapesos (*check and balances*), necessária para repudiar atos de tirania e brindar a liberdade do indivíduo. Por esta razão, não devemos aprioristicamente concluir pela (in)existência de lesão ao princípio da separação dos poderes pela adoção de precedentes obrigatórios, sem nos atentarmos para as vicissitudes constitucionais brasileiras, à luz das necessidades sentidas do povo. Ponderadas essas questões e respeitadas as posições contrárias, temos que a edição de precedentes obrigatórios tal como proposto pelo novo Código de Processo Civil, independentemente da roupagem que assumam, não implica qualquer lesão ao princípio da separação dos poderes porque, malgrado a sua força vinculante, eles não possuem o condão de substituir a função das leis. Apenas se fosse verificada essa superposição total de funções é que, em nosso sentir, poderia se cogitar de lesão ao princípio”.

⁵⁶ Segundo Nery Junior, núcleo duro do novo CPC é inconstitucional e os tribunais superiores se empoderaram sem autorização da Constituição. (POMBO, 2016).

⁵⁷ Vide, por exemplo, a opinião do ex-Ministro Eros Grau (2016): “A Constituição do Brasil afirma, em seu artigo 2º, a independência e harmonia entre Legislativo, Executivo e Judiciário, o que supõe que cada um dos Três Poderes se limite a exercer as funções que lhe cabem. Daí que o Judiciário não pode legislar. Essa é uma prerrogativa do Legislativo.

Não obstante seja assim, a invasão da competência do Legislativo pelo Judiciário é, atualmente, alarmante. Passamos a viver não mais sob um Estado de direito, porém submissos a um Estado de juízes. A absurda apropriação, pelo Judiciário, do poder de fazer leis e alterá-las é estarrecedora. Ninguém nega que os juízes devem ser independentes, mas – em uma democracia – hão de ser submissos às leis, garantindo sua aplicação. A Constituição lhes impõe o dever de declarar sua eventual inconstitucionalidade, mas a substituição dos preceitos declarados inconstitucionais por outros incumbe exclusivamente ao Legislativo.

Desafortunadamente, no entanto, juízes de primeira instância – e, sobretudo, os tribunais – em nossos dias seguidamente se apropriam da função de legislar. Glosando uma canção de Roberto Carlos, os juízes de hoje em dia, sem saber o que é Direito, fazem suas próprias leis!”

pelo povo⁵⁸. Embora não seja o foco do presente estudo o aprofundamento da discussão sobre tal celeuma, necessário esclarecer que os precedentes não são imutáveis, já que é perfeitamente possível a superação de um precedente, pela técnica do *overruling*⁵⁹, caso o magistrado entenda que a decisão aplicada anteriormente está ultrapassada, já não estando em conformidade com a justiça; ou, ainda, na hipótese do caso concreto apresentar particularidades que não recomendem a adoção do precedente, poderá o juiz desconsiderá-lo, aplicando a técnica do *distinguishing*⁶⁰.

Daí porque o sistema de precedente não retira do cidadão o Direito de trazer novas discussões ao Judiciário, posto que os precedentes evoluem conforme a própria sociedade evolui. Além disso, o sistema de precedentes garante ao Poder Judiciário a oportunidade de controlar a legitimidade dos atos estatais. Mais que isso, o sistema de precedentes não causa o engessamento do Judiciário, mas em realidade dá ao juiz o poder de controlar a lei a partir da própria Constituição. Sobre a questão levantada acerca do possível engessamento do Direito brasileiro com a adoção dos precedentes, Teresa Arruda Alvim Wambier (2012, p. 488 e ss.) afirma que o novo CPC tem por objetivo tornar a alteração da jurisprudência mais consciente e lenta, tal como ocorre no *overruling*, de forma que, embora a jurisprudência possa se alterar, essa mudança deve ser algo excepcional.

Veja-se o entendimento de Marinoni (2009, p. 16) sobre a questão:

Se o precedente pode ser revogado, é evidente que o respeito aos precedentes depende da força das suas razões. Portanto, não é porque a decisão é chamada de declaração judicial e não de direito que ela perderá autoridade e deixará de merecer respeito. De outra parte, se o respeito aos precedentes depende de estes serem concebidos como direito, nada impediria que uma decisão judicial, vista então como direito, afirmasse que os próprios juízes da Corte Superior estão, a partir de determinado instante, submetidos aos seus próprios precedentes, ou que o Legislativo editasse lei dizendo que as Cortes devem respeitar os seus precedentes e os das Cortes superiores.

⁵⁸ Ver, nesse sentido: Conrado Hübner Mendes (2013); Roberto Gargarella (1997); e, Jeremy Waldron (2006).

⁵⁹ Revogação do precedente.

⁶⁰ “Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, algumas peculiaridades no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente”. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 43).

Conforme Mitidiero (2016, p. 139) “a mudança é conatural ao Direito, que vive na cultura e na historicidade, a possibilidade de modificação do precedente é inseparável do seu processo de evolução”. Ou seja: a ideia de que o precedente seria ameaça à evolução do próprio Direito é falsa, tendo em vista que “há a necessidade de conjugar, de um lado, a necessidade de mudança no Direito, e, de outro, a proteção ao planejamento jurídico realizado e atuado com base no conhecimento de determinado precedente”⁶¹.

Já no ano de 2005, quando não havia sido publicado o novo Código de Processo Civil, Patrícia Perrone Campos Mello (2005, p. 117-118) analisou a vinculação dos precedentes na prática constitucional brasileira, refletindo acerca do *stare decisis* e chamando a atenção para o surgimento de uma nova hermenêutica constitucional. A autora deu destaque para a evolução dos mecanismos de jurisdição constitucional no Brasil “para uma direção comum de atribuição de força vinculante aos precedentes judiciais”, representando, assim, uma aproximação entre os sistemas do *civil law* e do *common law*, em que a ideia de vinculação a precedentes passou a ter papel central. Ainda em 2009, Marinoni defendia que o sistema de precedentes poderia constituir parte do sistema brasileiro, o que de fato ocorreu com a entrada em vigor do novo CPC, em que se institui um regime jurídico de precedentes judiciais, conforme será visto detalhadamente a seguir.

É importante ressaltar o perigo do discurso que permeia a questão dos precedentes quando visto unicamente sob o viés do “juiz racional onipotente”, da mesma maneira que não se deve acreditar em um “legislador racional onipotente”, como se fazia no Positivismo. Daí porque é falsa a conclusão de que o sistema de

⁶¹ Segundo Mitidiero (2016, p. 139): “No que concerne à alteração do precedente, pode ocorrer de o Supremo Tribunal Federal ou de o Superior Tribunal de Justiça alterar diacronicamente o seu precedente e com isso acarretar igualmente uma crise de estabilidade no significado de determinado enunciado legislativo. Surge a partir daí o problema de saber se, à luz da necessidade de igualdade e de segurança jurídica, semelhante mudança deve atingir todos os processos em curso que versem sobre a mesma questão ou se, do contrário, a nova orientação deve ter apenas eficácia para o futuro. [...] Isso leva à necessidade de previsão de normas de salvaguarda da segurança jurídica para tutela das pessoas diante da alteração diacrônica do precedente. É que a possibilidade de superação do precedente coloca em evidência a necessidade de proteção da confiança daqueles que o tinham em consideração para fazer as suas escolhas socioeconômicas e da preservação da igualdade de todos perante a ordem jurídica. Foi exatamente por essa razão que o legislador redigiu o artigo 927, § 3º [...] “A mudança do precedente não pode causar surpresa injusta”.

precedentes seja capaz de permitir a qualquer juiz se sobrepor à norma, sendo necessária a efetiva aplicação da jurisdição constitucional⁶².

Nesse sentido, destaca-se que o Brasil tem caminhado na direção da criação de um *sistema de precedentes verde e amarelo*, na medida em que, aqui, qualquer juiz ou tribunal, e não apenas o Supremo Tribunal Federal, pode fazer o controle de constitucionalidade, de tal forma que um sistema de precedentes no cenário brasileiro, (que, conforme já explicado anteriormente, adota o controle de constitucionalidade misto), corrobora para a harmonia do sistema jurídico, já que evita, em grande medida, decisões conflitantes entre os tribunais e juízes.

Percebe-se, portanto, que o sistema de precedentes aplicado à realidade brasileira – e moldado nessa realidade – traz ganhos em termos de celeridade e economia processual, segurança jurídica, racionalidade e, principalmente, coerência.

Entretanto, a preocupação com a coerência dos entendimentos não alcança da mesma forma a Administração Pública, que além de não se vincular aos próprios precedentes em sede administrativa, não se adequa ao entendimento do Poder Judiciário, embora haja previsão legal para tanto⁶³, conforme visto anteriormente: a Administração Pública não segue, sequer, o entendimento do Supremo Tribunal Federal em matérias pacificadas. Isso denota a falta de integração existente entre os Poderes, bem como, gera um quadro de desigualdade e de insegurança jurídica. Afinal, não só de sentenças e através de controle de constitucionalidade se faz um

⁶² Vide, nesse sentido, a preocupação e a crítica de William Soares Pugliese e Ramon Ouais Santos (2017, p. 12): “O modelo brasileiro de precedentes, a despeito do que afirma o artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015, não está comprometido com a racionalidade do sistema enquanto coerência, estabilidade e segurança jurídica. Está, isto sim, comprometido com a razoável duração do processo e com a igualdade de tratamento de casos massificados no âmbito do Judiciário. Trata-se, sem dúvida, de um avanço sob muitos aspectos, mas que pode conduzir a uma espécie de realismo jurídico, em que a lei passa a ser aquilo que as Cortes Supremas afirmam que ela é”.

⁶³ Nesse sentido, vide Hachem (2014b, p. 220): “A Administração Pública, ao decidir os processos administrativos submetidos à sua apreciação, está sujeita ao dever jurídico de respeitar os precedentes administrativos e judiciais já consolidados em favor dos direitos do cidadão, como forma de assegurar-lhes uma proteção igualitária. Trata-se de uma exigência: (i) do direito fundamental à igualdade (art. 3º, IV e art. 5º, *caput*, CF); (ii) do direito fundamental à proibição de discriminação atentatória contra os direitos fundamentais (art. 5º, XLI, CF); (iii) do princípio constitucional da impessoalidade administrativa (art. 37, *caput*, CF); (iv) do direito fundamental à segurança jurídica (art. 5º, *caput*, CF) e à proteção da confiança legítima. No âmbito específico que se está analisando – satisfação de direitos sociais – essa implicação ostenta expressiva relevância”.

sistema jurídico: o ato administrativo também é parte importante do aparato estatal para consecução dos fins Constitucionais e para a preservação do bem comum.

No Brasil, em que pese as discussões e os entendimentos conflitantes, os precedentes vinculantes estão previstos em Lei, sendo, portanto, de fácil identificação. Assim, o precedente vinculante já nasce vinculante, e quando o tribunal o produz, já sabe que ele constituirá diretriz decisória que subordinará julgamentos futuros. (CRAMER, 2016, p. 79).

Importante frisar que, para Mitidiero (2016, p. 139):

O precedente protege a todos que se encontram ao abrigo da jurisdição do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Sendo a norma fruto da sua interpretação judicial, *conhecer o direito aplicável significa conhecer a interpretação a ela conferida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça*. A existência de determinado precedente, portanto, assegura a cognibilidade normativa. (grifos no original).

Precedente é fonte de Direito e decorre de uma *ratio decidendi*⁶⁴. Para a presente pesquisa será entendido como “precedente judicial” aquela decisão que é tomada em um caso específico, e que poderá ser utilizada para a resolução de casos similares, a fim de gerar segurança jurídica e desafogar o judiciário. No presente trabalho, tendo em vista que se discute a subordinação da Administração Pública aos precedentes, serão considerados como tais apenas as decisões do Supremo Tribunal Federal, tanto em sede de controle difuso quanto em sede de controle concentrado de constitucionalidade, com a discussão da possibilidade de a Administração Pública, na mesma *ratio decidendi* que já ocorre em sede judicial, adotar precedentes do Supremo Tribunal Federal em matéria de Direitos Sociais Fundamentais para decisão de casos concretos, a fim de imprimir tratamento igualitário aos cidadãos, bem como, garantir eficácia administrativa, com a economia de recursos.

É o que se verá, mais detalhadamente, no capítulo a seguir, em que se discute o funcionamento dos precedentes no atual ordenamento jurídico brasileiro.

⁶⁴ De acordo com Taruffo (2007, p. 801): “la dottrina del precedente distingue tra *ratio decidendi*, ossia la regola di diritto che è stata posta a diretto fondamento della decisione sui fatti specifici del caso, e *obiter dictum*, ossia tutte quelle affermazioni ed argomentazioni che sono contenute nella motivazione della sentenza ma che, pur potendo essere utili per la comprensione della decisione e dei suoi motivi, tuttavia non costituiscono parte integrante del fondamento giuridico della decisione”.

Veremos que o conceito pátrio de precedente não se restringe a uma “jurisprudência” com força vinculante, e nem é idêntico ao precedente pensado na tradição do *common law*.

2.2 OS PRECEDENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, O REGIME JURÍDICO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Apesar da existência do que se poderia chamar de sistema de precedentes no Brasil desde a época do domínio português, através dos chamados *assentos*, que se constituíam de decisões da Casa de Suplicação acerca de questões controversas e tinham força vinculante, passando pela criação dos *prejulgados*, na década de 1920, e a previsão de institutos de uniformização de jurisprudência no Código de Processo Civil de 1973, é possível afirmar que apenas no Código de Processo Civil de 2015 houve uma profunda valorização do precedente, com a instituição de um verdadeiro sistema de precedentes, embora ainda bastante criticado, como se verá. (CRAMER, 2016, p. 42-49).

Como observa Oliveira (2016, p. 59), a vinculatividade do precedente apenas ganhou força no final do século passado e início deste, com a alteração do artigo 557 pela Lei Federal nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998 e a introdução da súmula vinculante pela EC 45/2004 e demais alterações no Código de Processo Civil de 1973. Já no CPC de 1973 se disciplinou, por exemplo, a súmula impeditiva de recursos, o julgamento antecipado da lide, o julgamento por amostragem conforme sistemática dos recursos repetitivos e a reclamação constitucional.

Além disso, os adeptos da corrente chamada de “Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes” ou de “efeito transcendente dos motivos determinantes” passaram a defender que os motivos determinantes da decisão do STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade também seriam vinculantes, pelos próprios fundamentos determinantes da decisão, de tal forma que a *ratio decidendi* da fundamentação do Supremo, ou seja, os motivos da decisão da Corte seriam vinculantes. (MENDES, 2016, p. 107).

Conforme visto no capítulo anterior, o Brasil criou o seu próprio sistema de precedentes e com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil o tema

ganhou ainda maior relevância. Isso porque o Código de Processo Civil de 2015 trouxe inúmeros dispositivos acerca de precedentes, alguns mais, outros menos polêmicos, o que demonstra que o sistema de precedentes brasileiro é uma realidade ainda em construção – porém, uma realidade, sem dúvidas. As inovações trazidas pelo novo CPC têm por objetivo proporcionar maior segurança jurídica ao sistema jurisdicional. Diante disso, a questão que se coloca é se a Administração Pública deveria, ou não, seguir o disposto no novo CPC acerca dos precedentes vinculantes.

Tendo em vista a celeuma criada em decorrência dos dispositivos legais relativos a precedentes estampados nos artigos do novo CPC, tais dispositivos serão transcritos e comentados especificamente, a fim de situar a nossa discussão acerca da vinculação não apenas pelo Poder Judiciário, mas também pela Administração Pública, aos precedentes do STF.

O primeiro dispositivo do novo CPC a tratar da obrigatoriedade de vinculação aos precedentes é o artigo 311, inciso II, segundo o qual a tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

A redação do artigo não dá azo a discussões mais acaloradas, tendo em vista que a súmula vinculante, obviamente, já vinculava os tribunais inferiores. Por sua vez, o artigo 928 do CPC/2015 dispõe expressamente acerca do que se considera ‘caso repetitivo’, *verbis*: “Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I – incidente de resolução de demandas repetitivas; II – recursos especial e extraordinário repetitivos” (BRASIL, 2015).

O CPC/2015 frisa, ainda, que o julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) está previsto no Capítulo VIII do CPC/2015⁶⁵. Trata-se

⁶⁵ CPC/2015.

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

de inovação do Novo Código, em que são apreciadas somente questões comuns a todos os casos similares, deixando a decisão de cada caso concreto para o juízo do processo originário.

É importante frisar que, caso a parte autora pretenda ingressar com ação cuja causa de pedir contrarie enunciado de súmula do STF, do STJ e do Tribunal de Justiça (TJ) em matéria de direito local, ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos, deverá ela, dialogando com os precedentes, fazer uso do *distinguishing*; e/ou expor erro interpretativo do julgador na aplicação da *ratio*, requerendo seu afastamento ou adequação; e/ou demonstrar a imperiosa necessidade de superação do precedente ou da súmula, em virtude de modificação contextual ou de equívoco na formação de algum deles. (ROMÃO; PINTO, 2015, p. 149).

Assim, frisa-se que a teoria dos precedentes não pretende a imutabilidade das decisões judiciais, tornando o direito estático e imutável, vez que oferece meios de revisão das decisões ainda que se trate de entendimento estampado em súmula vinculante.

O segundo dispositivo do CPC/2015 a valorizar o precedente é o artigo 332, segundo o qual nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência e enunciado de súmula de Tribunal de Justiça sobre direito local. (BRASIL, 2015).

I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

§ 1º – A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.

§ 2º – Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

§ 3º – A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.

§ 4º – É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

§ 5º – Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas.

Trata-se da improcedência liminar do pedido, que, conforme Carreira Alvim (2015, p. 36-38) foi introduzido já no CPC de 1973, artigo 285-A, ainda no ano de 2006⁶⁶. Para o autor, a previsão do inciso II é “mais do que razoável, pois se o pedido contrariar acórdão do STF ou do STJ, em julgamento de recursos repetitivos, não faz o menor sentido deixar prosperar um processo, cujo destino já estará traçado no tribunal de destino”, especialmente tendo em vista a morosidade decorrente do grande volume de recursos nos tribunais superiores.

Acerca do inciso III transcrito, continua o autor afirmando que o fundamento dessa disposição é o mesmo do inciso II do artigo 332, já comentado, tendo em vista que o objetivo do incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987) ou em incidente de assunção de competência (art. 947) é “justamente desatracar os recursos nos tribunais, fazendo do precedente nesses casos um acórdão-padrão (ou acórdão-guia), a ser seguido em todos os julgamentos da mesma espécie (mesma tese jurídica)”. (CARREIRA ALVIM, 2015, p. 38). Continua o autor refletindo sobre estas disposições:

Estas regras só se fazem necessárias em virtude da recalcitrância de alguns juízes e tribunais em seguir a orientação dos tribunais superiores, embora cientes de que as suas sentenças contrárias aos precedentes serão fugazes, se forem impugnadas por recursos especial ou extraordinário, e que só adquirirão consistência jurídica de coisa julgada, se esses recursos, por alguma circunstância, não forem admitidos no juízo de origem ou não forem conhecidos pelos tribunais de destino. (CARREIRA ALVIM, 2015, p. 38).

Aproveitando a observação do autor (CARREIRA ALVIM, 2015), é possível adotar a mesma lógica para a Administração Pública, que não deveria contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas, a fim de descongestionar o Poder Judiciário com demandas desnecessárias, bem como, a fim de garantir um tratamento coerente e igualitário a todos os cidadãos.

O próximo dispositivo de destaque é o artigo 489, § 1º, incisos V e VI, segundo o qual não será considerada fundamentada qualquer decisão judicial, seja

⁶⁶ CPC de 1973.

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º – Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º – Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

ela interlocutória, sentença ou acórdão, que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus *fundamentos determinantes* nem demonstrar que *o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos*, deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, *sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento*.

Percebe-se que o artigo 489 acaba com o mito de que a adoção de precedentes seria uma maneira de engessar o Poder Judiciário, ou serviria apenas como forma de poupar trabalho aos juízes. Embora a adoção de um sistema de precedentes tenha como qualidade a diminuição da litigiosidade, as decisões, após o advento do CPC/2015 não passam a ser produzidas em série. Aliás, ocorre o inverso. Conforme observam Romão e Pinto (2015, p. 148):

O sistema de precedentes afeta diversos institutos processuais, configurando elemento fundamental à compreensão da nova legislação e, por consequência, à construção do Direito Processual Civil contemporâneo. A edificação legislativa do *stare decisis* brasileiro ensejou a criação de novos instrumentos processuais e a reestruturação de outros existentes no CPC/1973. O sistema brasileiro de precedentes obrigatórios, considerando limitações procedimentais e deveres gerais do art. 926, do NCPC, confere racionalidade decisória capaz de resguardar os princípios da segurança jurídica, isonomia e razoável duração do processo. (ROMÃO; PINTO, 2015, p. 148).

Daí porque a ideia de que o sistema de precedente vem para “facilitar” o trabalho dos juízes é falaciosa, uma vez que tal argumento não leva em consideração o enorme trabalho interpretativo, bem como, a necessidade de pesquisa e atualização constante decorrente dos novos instrumentos processuais apresentados.

Mais adiante, o artigo 496 afirma que está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público, e a sentença que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

Esse dispositivo é duramente criticado por Carreira Alvim (2017, p. 240), para quem “o artigo 496 tem sido justificado pela proteção que devem merecer os entes públicos nos seus litígios com os particulares, como se tais entes fossem

‘desvalidos’, a merecer a compaixão e a piedade da justiça”. Para o autor, em realidade o “desvalido” é o particular na sua batalha judicial contra a Administração pública, que “é dos mais ímprobos litigantes que habita no foro”.

Merece destaque, contudo, a disposição do § 4º, incisos I a III do artigo 496 do CPC. Segundo o dispositivo não se aplica a remessa necessária se a sentença estiver fundada em súmula de tribunal superior, acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos⁶⁷, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência ou em entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa. Ou seja, tal dispositivo limita a atuação da Fazenda Pública em juízo, utilizando-se precedente. (BRASIL, 2015).

Daí porque o artigo 496, § 4º do NCPC mitiga o duplo grau de jurisdição, restringindo-o pela aplicação de precedentes judiciais, “dispensa o reexame necessário quando a sentença estiver fundada em súmula de tribunal superior ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos”. Amplia-se, portanto, o óbice à revisão oficial de sentença contrária aos interesses da Fazenda Pública. (ROMÃO; PINTO, 2015, p. 149). Ainda, o CPC valoriza não só o precedente judicial, mas também o administrativo, quando dispõe que não deve haver remessa necessária caso a sentença tenha sido proferida com base “em entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.”

⁶⁷ Dispõe o CPC/2015:

Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º – O presidente ou o vice-presidente de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

[...].

O recurso repetitivo representa, portanto, um grupo de recursos que possuem teses idênticas, ou seja, têm fundamento em idêntica questão de direito.

Segundo Carreira Alvim (2017, p. 246-247):

O objetivo dessa norma é evitar que a remessa necessária continue sendo utilizada para retardar o trânsito em julgado da sentença, quando o fato de haver súmula de tribunal superior; bem assim de haver acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; de haver entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; ou haver entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa; tornam praticamente sem chance de sucesso qualquer tentativa de reforma da sentença proferida contra o ente ou entidade pública. Nesses casos, o único efeito que tais remessas necessárias produzem é o de retardar o trânsito em julgado da sentença de que resultou a sucumbência do ente ou entidade pública. (CARREIRA ALVIM, 2017, p. 246-247).

Essas disposições corroboram os primados da independência e da harmonia entre os Poderes, não havendo que se falar, portanto, em desrespeito do Poder Judiciário em relação ao Poder Executivo, e sim, da proteção da coerência e da segurança jurídica na resolução das lides que envolvem a Administração Pública.

Nessa esteira, o artigo 535, § 5º do CPC de 2015 também se utiliza de precedentes para tratar com a Fazenda Pública ao dispor que considera-se inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. Importante notar que a redação traz uma diferença em relação ao Código de Processo Civil de 1973, havendo a inclusão das decisões em controle difuso a fim de se considerar inexigível o título executivo, além da possibilidade de o Supremo Tribunal Federal modular no tempo e em razão da segurança jurídica os efeitos daquelas decisões. (OLIVEIRA, 2016, p. 135).

Por sua vez, o artigo 932, incisos IV e V, dispõe que incumbe ao relator negar provimento a recurso que for contrário a súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Ainda, afirma que incumbe ao relator, depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior

Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal, acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. (BRASIL, 2015).

Conforme observam Romão e Pinto (2015, p. 149), os incisos IV e V do artigo 932 autorizam o relator a negar ou dar provimento, monocraticamente, a recurso quando as razões ou a decisão recorrida, respectivamente, forem contrárias à súmula do STF, do STJ e do próprio tribunal, ou à tese firmada no julgamento de casos repetitivos ou de assunção de competência. Além disso, com base nessas hipóteses, o relator também poderá julgar de plano conflito de competência (art. 955, parágrafo único, do NCPC).

A disposição do artigo 926 é de extrema relevância, pois trata de garantias da Justiça, quais sejam, a uniformização e estabilidade da Jurisprudência, dispondo que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Além disso, estabelece que, na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais deverão editar enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. Por fim, dispõe que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.” (BRASIL, 2015).

O novo dispositivo pretende assegurar que todos recebam do Poder Judiciário o mesmo tratamento, de modo que, reconhecido um direito a um, este reconhecimento seja estendido a todo jurisdicionado, nas mesmas circunstâncias, e, denegado um direito, todo jurisdicionado, nas mesmas circunstâncias, recebe idêntica decisão. Ou seja, deve ser garantida a mesma justiça a todos os jurisdicionados. (CARREIRA ALVIM, 2017, p. 273).

O próximo artigo a ser discutido é o 927⁶⁸ do CPC/2015. Segundo Mitidiero (2016, p. 107) o inciso I do aludido artigo não trouxe propriamente hipótese de

⁶⁸ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os enunciados de súmula vinculante;

III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

precedente, mas sim de controle de constitucionalidade, confundindo eficácia *erga omnes* com efeito vinculante do precedente. De tal forma que não são, segundo o autor, propriamente as “decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade” que valem como precedentes. Isso porque as decisões em controle concentrado visam aplicar a Constituição, sendo que o que pode gerar precedente são “as razões determinantes constantes da fundamentação do controle abstrato de constitucionalidade”.

Em que pese a intenção do legislador, o artigo 927 do CPC/2015 elenca hipóteses que não guardam qualquer homogeneidade. Segundo Marinoni (2016, p. 285):

A norma diz que os juízes e tribunais devem observar hipóteses que não guardam qualquer homogeneidade. Mistura decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em controle concentrado de constitucionalidade, súmulas, decisões tomadas em vias de solução de casos ou questões repetitivas e orientação do plenário ou órgão especial, mas, surpreendentemente, nada diz sobre precedente, *ratio decidendi* ou fundamentos determinantes da decisão. (MARINONI, 2016, p. 285).

De qualquer forma, a redação do artigo 927 acaba por facilitar a identificação das hipóteses em que o precedente se considera vinculante, servindo como norte para a consolidação do instituto.

O artigo 928 do CPC/2015 conceitua o que se entende por casos repetitivos, *verbis*:

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:
I – incidente de resolução de demandas repetitivas;

V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º – Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º – A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º – Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º – A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º – Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

II – recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual. (BRASIL, 2015).

Importante ressaltar que anteriormente à entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil a força vinculante *erga omnes* se dava apenas aos instrumentos constitucionalmente previstos em sede de controle concentrado de Constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, segundo Talamini (2011, p. 135-166) a força vinculante decorria das decisões liminares e dos pronunciamentos finais de acolhimento ou improcedência do pedido na ação direta de inconstitucionalidade, na Ação Declaratória de Constitucionalidade, na arguição de preceito fundamental e na súmula vinculante (CF⁶⁹, art. 102, §§ 2º e 3º, e art. 103-A; Lei nº 9.868/1999⁷⁰, art. 11, § 1º, art. 12-F,

⁶⁹ CF/88.

Art. 102. [...]

§ 2º – As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

§ 3º – No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

[...]

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º – A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

§ 2º – Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

⁷⁰ Lei nº 9.868/1999. Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

§ 1º – A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

[...]

Art. 12-F. Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no artigo 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 1º, art. 21, art. 28, parágrafo único; Lei nº 9.882/1999⁷¹, art. 5º, § 3º, e art. 10º, § 3º; Lei nº 11.417/2006⁷², art. 7º).

O CPC/2015, repita-se, trouxe a obrigatoriedade de uniformização da jurisprudência e de manutenção de sua estabilidade, integridade e coerência (art. 926), ampliando as hipóteses em que se confere força vinculante às decisões proferidas nos procedimentos de recursos especiais e de recursos extraordinários repetitivos e nos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência (arts. 985, § 1º c/c arts. 928; 947, § 3º; 988, inc. IV). Traz de forma

§ 1º – A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal.

[...]

Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Parágrafo único. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia.

[...]

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

[...]

⁷¹ Lei nº 9.882/1999.

Art. 5º. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

[...]

§ 3º – A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

[...]

§ 3º – A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

[...]

⁷² Lei nº 11.417/2006.

Art. 7º. Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

expressa, também, a necessidade de respeito à jurisprudência (art. 927 e art. 489, § 1º, incs. V e VI; art. 985, incs. I e II; art. 1.039 etc.) (TALAMINI, 2011, p. 135-166).

Por todo o exposto, conclui-se que a aproximação dos sistemas de *common law* e de *civil law* e da adoção cada vez maior de sistemas de precedentes está intimamente atrelada à necessidade de construção de um sistema jurídico eficiente e imparcial, que garanta a tutela jurídica efetiva e a justiça a todos. Assim, independentemente da tradição jurídica – *civil law* ou *common law* – há a necessidade de que as sentenças sejam orientadas pela mesma *ratio* – racionalidade –, não importando o juiz que faça o julgamento. De tal forma que o sistema de precedentes evita a perniciosa variação de entendimentos acerca de um mesmo caso em varas ou tribunais diversos, sendo instrumento de validação de interpretação, bem como, em última análise, de garantia de um Estado Democrático de Direito, em que os cidadãos não são tratados de forma desigual, ao sabor da arbitrariedade. (LUVIZOTTO, 2017, p. 66).

Diante do exposto, pode-se afirmar que o Direito brasileiro considera como precedente *vinculante*: as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, tais como a ADIn, a ADC e a ADPF⁷³. As decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade também

⁷³ A ação de descumprimento de preceito fundamental é uma ação constitucional em sede de controle concentrado de constitucionalidade e de competência do Supremo Tribunal Federal. Sua finalidade se presta para a defesa de preceitos importantes da Constituição Federal, conforme disposto no artigo 102, § 1º. Tratando-se o dispositivo constitucional de norma de eficácia limitada, foi regulamentada pela Lei nº 9.882/1999.

Conforme explica Teori Zavaski (2014): “2. A arguição de descumprimento de preceito fundamental foi concebida pela Lei nº 9.882/1999 para servir como um instrumento de integração entre os modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, viabilizando que atos estatais antes insuscetíveis de apreciação direta pelo Supremo Tribunal Federal, tais como normas pré-constitucionais ou mesmo decisões judiciais atentatórias a cláusulas fundamentais da ordem constitucional, viessem a figurar como objeto de controle em processo objetivo. A despeito da maior extensão alcançada pela vertente objetiva da jurisdição constitucional com a criação da nova espécie de ação constitucional, a Lei nº 9.882/1999 exigiu que os atos impugnáveis por meio dela encerrassem um tipo de lesão constitucional qualificada, simultaneamente, pela sua (a) relevância (porque em contravenção direta com paradigma constitucional de importância fundamental) e (b) difícil reversibilidade (porque ausente técnica processual subsidiária capaz de fazer cessar a alegada lesão com igual eficácia”. (STF – (Pleno) – EDcl. na ADPF 127 – DF – Rel.: Min. Edson Fachin – J. em 03/02/2017 – DJ 11/04/2017 – Doc. LEGJUR 174.6703.7000.1900).

Conforme a Lei nº 9.882/1999 a arguição prevista no § 1º do artigo 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

são vinculantes nos casos do Recurso Extraordinário (REExt), em que houver *repercussão geral*, bem como, as decisões proferidas nas Reclamações, as Súmulas e as Súmulas Vinculantes. Ainda, são precedentes os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. Por fim, são considerados também precedentes os enunciados das súmulas do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados os juízes.

Apesar de só ser considerado precedente a decisão proferida em Recurso Extraordinário a que se tenha reconhecida a repercussão geral, essa classe processual tem enorme relevância, já que, conforme Berman (2016, p. 106) o Recurso Extraordinário difere dos demais recursos porque, enquanto “nestes a principal preocupação é com a exatidão das decisões de instâncias inferiores, ou seja, com a correta aplicação do Direito ao caso concreto, tendo em conta a situação fática apresentada pelas partes”, o Recurso Extraordinário tem como finalidade a manutenção da integridade da Constituição Federal, bem como, serve para uniformizar a aplicação do direito constitucional em todo o território nacional. De tal forma que o Extraordinário não se presta a corrigir eventuais injustiças cometidas em julgamentos de instâncias ordinárias.

Quanto à questão da vinculação das decisões em Recursos Extraordinários, Berman (2016) afirma:

[...] a decisão que julga o recurso extraordinário vincula apenas as partes envolvidas no processo. No entanto, caso haja reiterada jurisprudência no sentido de declarar a inconstitucionalidade de uma determinada norma através do controle difuso, poderá o Senado, por meio de decisão discricionária, determinar a suspensão da execução do dispositivo normativo considerado inconstitucional. [...] a decisão provoca efeitos apenas *inter partes*, porém, há a possibilidade de se estender tal efeito a toda a comunidade, desde que o Senado se pronuncie neste sentido. Temporalmente, no entanto, a suspensão determinada pelo Senado só opera *ex nunc*, podendo o Judiciário continuar a aplicá-la quanto a fatos anteriores àquela decisão política. (BERMAN, 2016, p. 111).

Assim, as decisões do STF em Recurso Extraordinário, em regra, não são *precedentes*, pois não vinculam, salvo nos casos de Recurso Extraordinário com

A decisão proferida em sede de ADPF também tem efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, além de efeitos retroativos.

repercussão geral, conforme exposto. Entretanto, mesmo sem se constituírem em precedentes, as decisões em Recurso Extraordinário constituem-se em importante trabalho interpretativo da Corte, podendo ser observadas pelos tribunais inferiores, especialmente, pela excepcionalidade com que são admitidos pela Corte, e por tratarem sempre de matéria constitucional.

Por tudo, é necessário ressaltar que são consideradas precedentes as decisões oriundas do STF; não apenas aquelas que possuem força vinculante *erga omnes*, mas também as decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade podem ser consideradas fontes de direito⁷⁴. Portanto, o precedente que tem origem no Supremo Tribunal Federal é fonte de direito, vinculando não apenas a jurisdição, e sim, por disposição constitucional, todos os Órgãos da Administração Pública, por sua eficácia *erga omnes*. Ainda, podem ser consideradas precedentes as decisões do STF nos casos em que tenha sido reconhecida a Repercussão Geral e dos quais a Administração Pública seja parte⁷⁵.

⁷⁴ Acerca do precedente enquanto fonte de direito, veja-se Haroldo Lourenço (2011): “A atividade criativa do juiz pode se dar de duas maneiras, sendo a primeira no sentido de criar a *norma jurídica* do caso concreto; e a segunda, a *norma geral* configuram como aquilo que se chama de precedente judicial, que é exatamente essa norma geral criada a partir do caso concreto.

As súmulas, vinculantes ou não, nada mais são do que normas gerais, eis que, apesar de julgar um caso concreto, serão aplicadas, reflexamente, a outras inúmeras situações similares ou idênticas. Não há que se dizer que o Judiciário estaria legislando, uma vez que a atividade criativa se dá a partir da interpretação que o mesmo faz das leis já existentes.

Nessa linha, surgem os denominados *hard cases*, situações onde os textos jurídicos existentes, aplicados objetivamente, não apresentam soluções claras. Atualmente, o STF os tem enfrentado, como no direito à saúde, intervenção do Judiciário em políticas públicas, antecipação terapêutica do parto para fetos com anencefalia. Inclusive, em alguns casos desses *hard cases* foi criada a norma geral a ser aplicada a situação concreta, como na hipótese da fidelidade partidária [NR 15: STF, MS 26.603, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 04.10.2007] e no direito de greve dos funcionários públicos [NR 16: STF, MI 670, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 25.10.2007].

Infelizmente, tal concepção ainda não é adotada a unanimidade, contudo, mostra-se cada vez mais sedimentada, admitindo a jurisprudência como fonte do direito [NR 17: DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. II. 6. Ed., JusPodium, 2011. p. 390. TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do Direito. São Paulo: RT, 2004, p. 18. STRECK, Lenio Luiz. Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 86]. Parece-me que a influência de Montesquieu através do chamado juiz *boca-da-lei* ainda é muito forte. Nesse sentido, majoritariamente, adota a visão do magistrado que transforma uma norma genérica e abstrata, em uma norma concreta e específica. O Judiciário não criaria direitos subjetivos, mas tão somente reconhece direitos preexistentes [NR 18: CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. v I. 17. ed. inteiramente revista. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008. p. 71. SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. v. I, 25. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 67].

⁷⁵ Vide, nesse sentido Hachem (2014b, p. 231): “A discussão aqui suscitada insere-se em um debate mais amplo, a respeito da aproximação entre os sistemas do *Civil Law* e do *Common Law*, que tem sido verificada por meio da adoção, nos ordenamentos jurídicos de diversos Estados, de instrumentos próprios de ambos os modelos. No Direito brasileiro, constata-se com frequência

Uma vez definido o que pode ser considerado precedente vinculante, se discutirá, no capítulo a seguir, especificamente acerca do significado de precedente para o STF, bem como, será feita uma análise do tratamento jurídico dos precedentes no Supremo Tribunal Federal.

2.3 PRECEDENTES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal possui duas funções: Corte constitucional e corte recursal, o que o leva a ser uma Corte de massa (isso sem falar no seu papel de Corte Penal desde o Mensalão). No ano de 2015, por exemplo, chegaram ao STF 86.977 processos, sendo 11.069 originários e 75.908 recursais⁷⁶. Conforme observa Vojvodic (2012, p. 103 e ss.), para a corte recursal o precedente funciona como uma ferramenta para a diminuição do volume de processos que chega ao tribunal. Além disso, o julgamento por meio de decisões monocráticas tem garantido a alta produtividade dos Ministros⁷⁷, uma vez que ações que já sejam objeto de jurisprudência dominante do tribunal são julgadas monocraticamente, de acordo com o que o tribunal já decidiu anteriormente em um grande número de casos. De tal forma que, para a autora, o STF já adota a jurisprudência como “precedente-filtro”, especialmente em causas de menor complexidade:

Nesses casos, as decisões do STF, que formam um conjunto uniforme de soluções para casos de conflitos específicos, são usadas como um filtro

cada vez maior a incorporação de mecanismos que se assemelham a alguns aspectos do *Common Law*, tais como as súmulas vinculantes, a eficácia vinculante das decisões do STF em sede de controle de constitucionalidade e a repercussão geral no recurso extraordinário. Isso não quer dizer que devam ser importadas anacronicamente ferramentas elaboradas no Direito alienígena que sejam imprestáveis e incompatíveis com a racionalidade jurídica nacional, rendendo reverências a invenções estrangeiras que só serviriam para desestabilizar o funcionamento adequado e regular dos institutos jurídicos pátrios, cunhados sob lógica diversa. Porém, a transformação do Direito às novas necessidades sociais impõe a adaptabilidade de seus mecanismos às exigências emergentes, notadamente quando se identifica uma crise paradigmática à qual as soluções existentes, sugeridas consensualmente pela comunidade científica adepta ao paradigma dominante, já não dão conta de resolver. E o tratamento desigual, provocado por decisões individuais do Poder Judiciário, de cidadãos que titularizam os mesmos direitos fundamentais sociais retrata um problema sério que os instrumentos tradicionais do modelo brasileiro não têm conseguido solucionar.”

⁷⁶ Dados do STF. Estatística.

⁷⁷ A falta de deliberação e o excesso de decisões monocráticas é objeto de crítica por parte de Conrado Hübner Mendes e Virgílio Afonso da Silva (FERREIRA, 2017), para quem há um excesso de individualismo no STF. Para Mendes (2010) “As ‘onze ilhas’ do STF continuam fortes como nunca. As decisões do Plenário, cada vez mais fragmentadas, parecem uma colcha de retalhos. E, na maior parte do tempo, o Supremo Tribunal Federal é um tribunal monocrático. Para mudar essa realidade, é preciso um choque de colegialidade”.

para a atuação da própria corte e que, por meio de tal recurso, consegue dar fim à grande maioria dos casos a ele enviados. São essas as decisões que chamo de precedentes-filtro, usadas individualmente pelos ministros e que são repetidas inúmeras vezes como forma de diminuir o volume de trabalho da corte. (VOJVODIC, 2012, p. 105).

Por atribuição constitucional, a guarda da Constituição compete, precipuamente, ao Supremo Tribunal Federal, que poderá exercê-la por meio de controle concentrado, abstrato ou difuso e por meio de controle concreto ou aberto ou de via de exceção. O Supremo exerce a proteção dos valores constitucionais em ações de sua competência originária (art. 102, inc. I, e suas alíneas, da CF/88⁷⁸); de

⁷⁸ CF/88. Art. 102. Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;
- b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
- c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, inc. I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;
- d) o «habeas corpus», sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o «habeas data» contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
- e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
- f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
- g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
- h) (Revogada pela Emenda Constitucional 45, de 08/12/2004).
- i) o «habeas corpus», quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;
- j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
- l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
- n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
- o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
- p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;
- q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
- r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;

sua competência recursal originária (art. 102, inc. II, e suas alíneas, da CF/88⁷⁹); e mediante recurso extraordinário (art. 102, inc. III, e suas alíneas, da CF/88⁸⁰). (BRASIL, 1988).

Assim, o STF, por atribuição constitucional, toma decisões precedentes nos casos que lhe são entregues, em especial, no que se refere à proteção aos Direitos Fundamentais, de tal forma que, conforme Hachem (2014b, p. 231), “não precisa existir regra legal alguma para que se possa sustentar a obrigatoriedade de a Administração Pública respeitar os precedentes judiciais relativos a direitos fundamentais sociais”.

Isso porque, segundo o autor:

[...] se do princípio da igualdade não fosse possível extrair essa consequência, quedariam bastante abaladas as afirmações, tão propaladas na atualidade, de que princípios constitucionais são normas, revestidas de força jurídica vinculante, e que a atividade administrativa constitucionalizou-se, encontrando-se atualmente submetida à incidência dos direitos fundamentais. Esperar que o legislador tenha de criar essa determinação pela via de lei formal é o mesmo que rejeitar a eficácia jurídica do princípio constitucional (e direito fundamental) da igualdade. (HACHEM, 2014b, p. 231).

[...]

⁷⁹ CF/88. Art. 102. Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

II – julgar, em recurso ordinário:

a) o «habeas corpus», o mandado de segurança, o «habeas data» e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

b) o crime político;

[...]

⁸⁰ CF/88. Art. 102. [...]

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

§ 1º – A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2º – As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

§ 3º – No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

De qualquer modo, não seria admissível pensar que mesmo decisões de cortes constitucionais de países de *civil law* não produzam efeito vinculante para a administração pública. A natureza das decisões das Cortes Constitucionais, quer seja em sistema de *civil law* ou de *common law* as torna obrigatórias. Daí porque, para o presente estudo, devem ser considerados precedentes vinculantes passíveis de observância obrigatória para a Administração Pública aqueles que têm origem no Supremo Tribunal Federal, em controle difuso, os com eficácia *erga omnes*, ou em controle concentrado de constitucionalidade.

Devem vincular a Administração Pública as decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade em sede de Recurso Extraordinário em que haja repercussão geral⁸¹ (CF/88, art. 102, inc. III⁸²), as decisões a que a Corte tenha dado repercussão geral (CF/88, art. 102, § 3º⁸³), as Reclamações (CF/88, art. 103-A, § 3º;

⁸¹ Daí porque é relevante a percepção da participação da Administração Pública no que se refere aos Recursos Extraordinários, vez que se tratam de ações individuais. Ora, mesmo nas ações individuais em que se impetra o RExt, é a Administração Pública, novamente, a grande cliente do Poder Judiciário.

⁸² O recurso extraordinário é o meio pelo qual se impugna perante o Supremo Tribunal Federal uma decisão judicial proferida por um tribunal estadual ou federal, ou por uma Turma recursal de um juizado especial, sob a alegação de contrariedade direta e frontal à Constituição da República. Cf. CF/88, *verbis*: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.”

⁸³ A repercussão geral é tratada no artigo 1.035, § 5º do novo CPC. Para Wambier (2012, p. 599) “Este dispositivo traz interessante novidade, perfeitamente harmônica com a intenção que permeia o novo CPC, no sentido de gerar segurança jurídica, criando condições para que as decisões do STF exerçam função paradigmática em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário. Reconhecida a repercussão geral, em qualquer recurso extraordinário, deverão ser suspensos todos os processos em curso no país, sejam individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma questão. Pode tratar-se de execução (salvo se o título exequendo tiver transitado em julgado); de processo de conhecimento; as ações podem estar em 1º, em 2º ou até no STJ. Não se trata, aqui, de precedente vinculante no sentido forte (ou seja: sob pena de reclamação). Mas, evidentemente, está-se diante de dispositivo que indica a *força* que se quis, acertadamente, atribuir à Jurisprudência dos Tribunais Superiores, em especial do STF”. (grifo no original).

Art. 102. [...]

§ 3º – No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

art. 102, inc. I, 'I'⁸⁴), as Súmulas e as Súmulas vinculantes (CF/88, art. 103-A⁸⁵). Frise-se, mais uma vez, que o precedente decorre das razões determinantes das decisões em controle abstrato e das *razões determinantes da ratio decidendi*⁸⁶ constantes da fundamentação em controle difuso de constitucionalidade, conforme já explicado. (MITIDIERO, 2016, p. 107-108).

Além disso, em controle concentrado teremos as decisões proferidas em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica – ADI ou ADIn, Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva – ADIn Interventiva, Ação Direta de

⁸⁴ O instituto da reclamação não é novo no direito processual brasileiro, mas é novidade no novo CPC. Conforme Spadoni (2016, p. 509 e ss.): “O que fez o NCPC foi ampliar o cabimento da reclamação, transformando-a, também, em importante instrumento de salvaguarda do regime de precedentes adotado pelo novo Código. A reclamação tem, essencialmente, a função de preservar o poder jurisdicional do Tribunal, seja em face de violação de sua competência, seja em face de desrespeito à decisão que tenha proferido. Com o regime de precedentes do NCPC, o artigo 927 elencou um rol de decisões judiciais cuja observância é obrigatória pelos órgãos jurisdicionais vinculados ao Tribunal prolator da decisão, podendo ser categorizadas, na lição de Teresa Arruda Alvim Wambier, como precedentes de “obrigatoriedade forte”. Nesse novo regime a reclamação passa a ter importante e ampliado papel, sendo o remédio adequado também para corrigir atos de descumprimento de julgados de observância *obrigatória*, elencado no artigo 927.” (grifo no original).

Cf. CF/88. Art. 102. [...]

I – [...]

I) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; [...]

CF/88. Art. 103-A. [...]

§ 3º – Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, *caberá reclamação* ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

⁸⁵ Há, na doutrina, diversas críticas à ideia de obrigatoriedade de observância das súmulas e das súmulas vinculantes. Vide Mendes (2016, p. 182-183): “As súmulas, porém, não são o modelo mais apto a demonstrar a adequada preocupação com a coerência da ordem jurídica, sobre os ideais de previsibilidade e de igualdade atinentes aos precedentes judiciais no *common law*, porque não foram estes os pontos iniciais que geraram a sua concepção, mas a tentativa de desafogar o Judiciário com a facilitação na resolução de casos menos complexos. Contudo, não se pode negar que tenham contribuído, ainda que indiretamente, para a tendência cada vez maior de respeito aos precedentes, sobretudo por sua eficácia obrigatória. Ponderando essa perspectiva de gradual concretização de um direito com bases decisórias nos precedentes advindos dos próprios tribunais superiores, tendo por base uma eficácia obrigatória, é que contemporaneamente, o *civil law* no Brasil vem se remodelando, inclusive, com a utilização da reclamação constitucional para garantir a eficácia destes precedentes em instâncias inferiores”.

Por sua vez Streck e Abboud (2014, e-book) fazem a seguinte crítica: “Assim, o perigo representado pela institucionalização das súmulas vinculantes consiste, entre outras coisas, da introdução de um paradoxo em nosso sistema jurídico: os juízes podem contrariar as leis; se o fizerem, caberá recurso. O que os juízes não podem fazer é ousar contrariar as súmulas. Nesse caso, conforme a emenda à Constituição aprovada, não caberá recurso, e sim reclamação... Ou seja, em *terrae brasilis a lei não vincula, a súmula sim, mesmo que ela seja contrária à lei e à Constituição*.” (grifos no original).

⁸⁶ Conforme Barboza (2011, p. 34) “Numa decisão é possível distinguir a *ratio decidendi* da *obter dicta*; enquanto a *ratio decidendi* é a questão nuclear e impositiva da decisão, as *obter dicta* são as declarações que não são estritamente necessárias para a solução do conflito”.

Inconstitucionalidade por Omissão – ADIN por Omissão, Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON ou ADC) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF.

A necessidade de delimitação do que é precedente vinculante, no presente capítulo, decorre especialmente da discussão doutrinária sobre o que seria precedente, especialmente da em torno da celeuma causada com a redação do artigo 927 do novo Código de Processo Civil, que trouxe um ‘rol’ de precedentes, *verbis*:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os enunciados de súmula vinculante;

III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º – Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º – A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º – Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º – A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º – Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Ocorre que o precedente não se torna precedente apenas porque a Lei assim dispôs, mas pela própria natureza das decisões prolatadas. De qualquer forma, a redação do CPC/2015 corrobora o que já se vinha pensando sobre a necessidade de observância a precedentes, embora de maneira exemplificativa. Conforme nos informa Cramer (2016, p. 176-192), o artigo 927 transcrito tem uma história. Até se chegar à atual redação, houve avanços e recuos sobre o que se queria. De um lado, havia aqueles que desejavam preservar o sistema com jurisprudência apenas persuasiva; de outro, aqueles que queriam instituir um rol de

precedente vinculantes. Conforme se depreende da redação do artigo, há um rol de precedentes vinculantes positivado, com o que concorda a corrente majoritária da doutrina. Entretanto, para parte da doutrina, entre eles Teresa Wambier (2012), o artigo 927 do CPC não estabelecerá nenhum precedente vinculante, posto que seriam vinculantes apenas os precedentes que contam com reclamação para forçar o seu cumprimento. Logo, para essa segunda corrente, seriam vinculantes as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, as súmulas vinculantes e as decisões nos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas.

Nos informa, ainda, Cramer (2016, p. 185) que uma terceira corrente doutrinária defende a inexistência de força vinculante aos precedentes do artigo 927, mas apenas a exigência de que os julgadores levem em conta tais precedentes em suas decisões. Alexandre Freitas Câmara (CRAMER, 2016, p. 185), adepto da terceira corrente, considera como vinculantes apenas as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, as súmulas vinculantes e as decisões nos incidentes de assunção de competência e de casos repetitivos “porque existem, nos regimes jurídicos dos precedentes, outras normas lhes atribuindo eficácia vinculante”.

A quarta corrente, capitaneada por José Rogério Cruz e Tucci e Nelson Nery Jr. (CRAMER, 2016, p. 186-187), entende pela inconstitucionalidade do artigo 927. Para essa corrente, apenas a Constituição poderia conferir força vinculante aos precedentes.

Por fim, a quinta corrente, defendida por Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Arenhart e Daniel Mitidiero (CRAMER, 2016, p. 187) – aqui seguida – afirma que apenas os tribunais superiores (Cortes Supremas) têm a missão de emitir precedentes, e todos os seus precedentes, não somente aqueles previstos no citado artigo 927, são vinculantes. Para esses autores “os precedentes emanam exclusivamente de Cortes Supremas e são sempre obrigatórios, isso é, vinculantes”.

Nesse sentido, Marinoni (2016, p. 288) afirma que há apenas um caráter exemplificativo no artigo 927 do CPC/2015, sendo, inclusive, desnecessário.

De tal forma, que é preciso analisar o significado de “precedente” no Supremo Tribunal Federal.

Foi paulatina a construção de um sistema de precedentes brasileiro, com o protagonismo do STF. Nos informa Patrícia Perrone Campos Mello (2005, p. 177 e ss.) acerca do longo caminho percorrido a partir da expansão do controle concentrado de constitucionalidade, das inúmeras discussões empreendidas pelo Supremo Tribunal Federal acerca da eficácia transcendente da motivação nesta sede, e, finalmente, das discussões decorrente da criação da súmula vinculante, através da Emenda Constitucional nº 45/2004, fatos que já apontariam para um novo momento da hermenêutica constitucional.

Primeiramente, a decisão proferida no controle concentrado ou difuso pode ser considerada precedente quando tenha efeitos *erga omnes*. O que se pretende não é apenas outorgar autoridade de coisa julgada *erga omnes* à parte dispositiva da decisão, mas sim, demonstrar a *ratio decidendi* da decisão a fim de que não seja desconsiderada pelos demais órgãos judiciários. É o que explica Marinoni:

Assim, quando se questiona a possibilidade de se atribuir eficácia vinculante às decisões tomadas em recurso extraordinário, não se almeja tornar imutável e indiscutível uma decisão de inconstitucionalidade, mas se quer impedir que os demais órgãos do Judiciário neguem os motivos determinantes da decisão. (MARINONI, 2016, p. 298).

Ou seja: o precedente para a Corte Constitucional não é apenas o que a Lei *disse que é precedente*, pode ser até mesmo uma única decisão ou a consolidação de decisões anteriores da própria Corte, com o fortalecimento e o amadurecimento das razões de decidir. Inclusive, podem se tratar também dos julgamentos feitos de maneira colegiada, no STF, que normalmente dizem respeito a casos de mais difícil solução, mais complexos e que exigem maior discussão. Daí porque as críticas ao sistema de precedentes que ainda está tomando forma no Brasil são bem-vindas, vez que a evolução depende do repensar das práticas adotadas pelo próprio Poder Judiciário. Ora, se o STF já tem adotado há anos um sistema de precedentes para si mesmo, por que razão não poderia ocorrer o mesmo em relação aos demais tribunais, aos juízes de primeiro grau e até mesmo aos Órgãos da Administração Pública? Nada mais lógico, especialmente tendo em vista que a ideia do direito como integridade⁸⁷ tem se feito presente no Direito pátrio, sendo objeto de estudos e

⁸⁷ Conforme Pugliese (2016): “A integridade é exposta a partir do pensamento de Ronald Dworkin e se traduz na demanda de que a jurisprudência não pode oferecer resultados diferentes para situações iguais”.

discussões. Segundo Pugliese (2016, p. 144-146), a integridade procura afastar a inconsistência principiológica entre atos do estado. Para o autor “o Direito como integridade exige uma consistência horizontal de princípios, no sentido de que as regras atuais devem refletir o esquema principiológico pelo qual a comunidade está ligada em um determinado momento”. Assim, a ideia de justiça está necessariamente atrelada à ideia de igualdade e de integridade:

O Direito como integridade, portanto, utiliza-se de uma interpretação do passado para compreender o presente. Ela não é, por assim dizer, legitimadora, pois não pretende resgatar ideais ou propósitos políticos ou jurídicos com séculos de idade. Seu foco é justificar o que foi feito de modo a se adaptar a história ao presente. O objetivo dessa história é bem esclarecido pelo autor: “que a prática atual possa ser organizada e justificada em princípios suficientemente atrativos para proporcionar um futuro honroso” [Tradução livre de: “*that present practice can be organized by and justified in principles sufficiently attractive to provide an honourable future*”. (DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 227-228)]. Para melhor explicar ideia do Direito como integridade, ela é representada pela metáfora do romance em cadeia. (PUGLIESE, 2016, p. 146).

Daí porque não pode a Administração Pública ficar desconectada da realidade do sistema jurídico, devendo estar inserida no objetivo de manutenção de coerência e de integridade de todo o sistema⁸⁸. Nesse sentido, é importante relembrar do artigo constitucional⁸⁹ e agora também do CPC/2015⁹⁰ acerca da

⁸⁸ Nesse sentido, vide Barboza (2012), para quem o direito como integridade garante a segurança jurídica.

⁸⁹ CF/88. Art. 93. [...]

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004).

X – as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; [...]

⁹⁰ CPC/2015. Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º – Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

necessária motivação das decisões: frise-se que o juiz pode decidir de forma contrária ao Tribunal caso os motivos determinantes ou as peculiaridades do caso concreto assim exijam, desde que a decisão seja fundamentada, entretanto, não pode o juiz decidir ao seu bel prazer, sem observar os entendimentos anteriores em casos semelhantes: hoje, em decorrência da evolução do próprio constitucionalismo, e da ideia do direito como integridade, se exige em norma constitucional que não só as decisões judiciais, mas também os atos administrativos sejam motivados, retirando-se a possibilidade de que o intérprete se utilize de métodos hermenêuticos a fim de proferir decisões arbitrárias ou discricionárias. De tal forma que a decisão fundamentada é obrigação da Administração Pública, alcançando *status* de Direito Fundamental por força do artigo 93, incisos IX e X da CF/88⁹¹. (ABBOUD, 2014, p. 240-241).

Mais que isso, e tendo em vista que não há no Brasil jurisdição administrativa que funciona em paralelo ao Judiciário, e que o ato Administrativo pode ser revisto pelo Poder Judiciário, o controle de constitucionalidade se estende a todos os Poderes, servindo como forma de proteção aos Direitos Fundamentais. Uma vez que o ato administrativo pode ser controlado pelo Poder Judiciário, a própria Administração Pública deve estar atenta ao que o Supremo Tribunal decide nas matérias de sua competência – em especial, quando as decisões são precedentes, tem eficácia *erga omnes* ou têm efeito vinculante.

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º – No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º – A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

⁹¹ CF/88. Art. 93. [...]

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

X – as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; [...]

Importante lembrar que efeito vinculante e eficácia *erga omnes* são conceitos diversos, na medida em que são institutos diferentes⁹². Na hipótese da existência de efeito vinculante, há um recurso processual específico – a Reclamação, remédio que se presta a preservar a competência e garantir a autoridade das decisões dos Tribunais Superiores. A competência para recebimento da Reclamação é do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, conforme a origem da decisão desrespeitada.

Por fim, ressalta-se a importância da Reclamação (RCL), instrumento jurídico com *status* constitucional que serve precipuamente para preservar a competência do Supremo Tribunal Federal (STF) e garantir a autoridade de suas decisões. A Reclamação nasce no seio do STF, sendo construída jurisprudencialmente pela Corte, estando hoje positivada da Constituição Federal. (art. 102, inc. I, alínea “I”, da CF/88⁹³).

O instituto era regulamentado anteriormente pelo artigo 13 da Lei nº 8.038/1990, revogado pelo CPC/2015, que passou a tratar do assunto no artigo 988 e seguintes. A Reclamação pertence à classe de processos originários do STF, devendo ser ajuizada diretamente no Tribunal, que analisará se o ato questionado

⁹² Vide a explicação de Fróes (2015): “a eficácia *erga omnes* é uma característica geral das normas jurídicas: segundo a qual se estabelece que qualquer pessoa ou ente que se encontre enquadrado na conjectura de incidência deverá observar aquele regramento. A lei tem eficácia *erga omnes*, bem como “a sentença entre A e B vale com respeito a todos enquanto é sentença entre A e B” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres. 4. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 72). Tanto a lei quanto a sentença, entretanto, poderão ter sua incidência afastada de dado caso concreto quando, por exemplo, forem inconstitucionais ou, em decorrência de conflito de normas. O efeito vinculante, por outro lado, é o atributo de dada norma jurídica que a torna de observância obrigatória, cogente. Uma súmula vinculante, v. G., jamais terá sua incidência afastada por conflitar com uma lei ordinária, nem poderá deixar de ser aplicada quando se estiver diante de uma situação fática que demande sua imposição.

A eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante podem ser observados de maneira dissociada, eis que constituem institutos independentes. Assim, enquanto as súmulas persuasivas podem deixar de ser aplicadas pelos magistrados a elas subordinados, simplesmente porque estes adotam interpretação distinta do preceito jurídico no qual se fundou o enunciado, as decisões vinculativas não comportam tal possibilidade. A grande diferença, na prática processual, entre a inobservância de uma norma com efeito *erga omnes* e outra com eficácia vinculante é que: no caso da primeira, o prejudicado terá de percorrer o caminho ordinariamente prescrito pelo Direito Processual para a reforma; todavia, no segundo caso, há um atalho processual para fustigar a desobediência a uma norma dotada de efeito vinculante, a reclamação.”

⁹³ CF/88. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

I) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

na ação desrespeitou a competência da Corte ou se contrariou alguma de suas decisões. Após a entrada em vigor do CPC/2015 houve um significativo aumento no número de reclamações que chegam ao STF, não só pela alteração legislativa, mas também em decorrência da adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes pelo STF, que foi feita paulatinamente no decorrer dos anos. Segundo essa teoria, é reconhecida eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão, ou seja, juízes e tribunais devem respeitar não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir. (BARROSO, 2012, p. 212). De tal forma que, pela teoria, a *ratio decidendi* é vinculante à Administração Pública e aos demais Órgãos do Poder Judiciário. Com o aumento do número de reclamações, o STF passou a adotar uma postura consequencialista, deixando de aplicar a teoria⁹⁴. De toda forma, a reclamação ocupa papel de destaque, por sua utilidade na manutenção da autoridade das Cortes.

Por todo o exposto, é preciso pensar na questão da aplicação dos precedentes do STF à Administração Pública, em especial tendo em vista que o controle de constitucionalidade se aplica a todos os Poderes. No capítulo seguinte se verá, especificamente, a questão da vinculação da Administração Pública aos Precedentes do STF.

⁹⁴ Vide, por exemplo: “STF – EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. ADI 1.194/DF. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE RECLAMAÇÃO FUNDADA NA TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. 1. Na ADI 1.194/DF, o STF firmou entendimento de que deve ser preservada a liberdade contratual quanto à destinação dos honorários de sucumbência fixados judicialmente. A condenação dos honorários em favor da União, matéria objeto da reclamação, não guarda pertinência com o parâmetro de controle indicado pelo recorrente. 2. A jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal não reconhece a possibilidade do manejo de reclamação fundada na transcendência dos motivos determinantes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 21.756 RIO GRANDE DO SUL. Relator(a): Min. EDSON FACHIN. Julgamento: 23/02/2016).

3 A VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS PRECEDENTES DO STF EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Embora por muitos anos se tenha defendido a ideia de que não se controlava o mérito do ato administrativo de Poder Judiciário, hoje esse pensamento está ultrapassado, tendo em vista que a tutela dos direitos é feita com a participação de todos os Poderes, e que o sistema de *checks and balances* se presta a coibir o abuso de direito por parte de qualquer dos Poderes – inclusive, os cometidos pela Administração Pública.

Quando a Administração Pública passa a ser a maior cliente do Poder Judiciário, é porque sua atuação não está sendo pautada naqueles princípios inerentes à Administração, previstos no artigo 37 da CF/88. No primeiro momento, demonstra-se estatisticamente a realidade brasileira, para, a partir dela defender a necessidade de que a Administração Pública repense sua forma de aplicar o direito.

3.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO MAIOR CLIENTE DO PODER JUDICIÁRIO

A questão da adoção de precedentes pelo Direito brasileiro e da possibilidade da vinculação da Administração Pública a eles tem como fundamentos os princípios da igualdade, da segurança jurídica, da boa-fé objetiva, da economia e celeridade processual e da eficiência, bem como, o princípio republicano e democrático, aspectos que serão especificamente tratados no próximo capítulo. Para além da proteção aos princípios elencados, a vinculação da Administração Pública aos precedentes do Supremo Tribunal Federal em matéria de Direitos Fundamentais sociais vem também para poupar do Poder Judiciário e – em última medida do próprio cidadão brasileiro – recursos preciosos que poderiam ser despendidos em áreas críticas, mas que acabam sendo consumidos em razão do maior cliente: a Administração Pública.

É necessário se pensar sobre os recursos humanos e monetários, sobre o dinheiro gasto para manter em funcionamento uma estrutura judicial caríssima⁹⁵ a

⁹⁵ Segundo a Lei Orçamentária de 2018, estima-se a receita da União para o exercício financeiro de 2018 no montante de R\$ 3.575.230.380.469,00 (três trilhões, quinhentos e setenta e cinco

fim de resolver questões que deveriam ter sido sanadas já na esfera administrativa. Para além disso, a vinculação da Administração Pública aos precedentes se justifica a fim de que se proteja o Estado Democrático de Direito, a democracia e os direitos sociais.

Conforme informado por Lamy e Schmitz (2012), a Administração Pública Federal, através da Caixa Econômica, do INSS, da Fazenda Nacional, e da União propriamente dita, é responsável por mais de 70% dos processos existentes no País. Essa realidade já amplamente debatida, juntamente com outros fatores, deu azo à chamada “crise do Poder Judiciário”. A discussão de tal crise não é o escopo dessa dissertação, mas o estudo dos números e das estatísticas acerca da judicialização envolvendo a Administração Pública é importante para que se tenha a real dimensão do problema enfrentado pelo país e que leva à justificativa da adoção de precedentes pela Administração como forma de sua solução.

Segundo dados do CNJ (2016), o assunto mais recorrente na Justiça Federal trata de matérias de Direito Previdenciário, seguidas de outras matérias preponderantemente administrativas, na seguinte ordem:

bilhões, duzentos e trinta milhões, trezentos e oitenta mil, quatrocentos e sessenta e nove reais). O orçamento previsto para a educação é de 68,8 bilhões. Em 2018, o orçamento destina R\$ 60,8 bilhões aos órgãos da Justiça. Ou seja: o orçamento para a manutenção do Poder Judiciário aproxima-se do orçamento destinado à educação.

Gráfico 1 – Assuntos mais demandados na Justiça Federal segundo o CNJ 2016 – ano base 2015

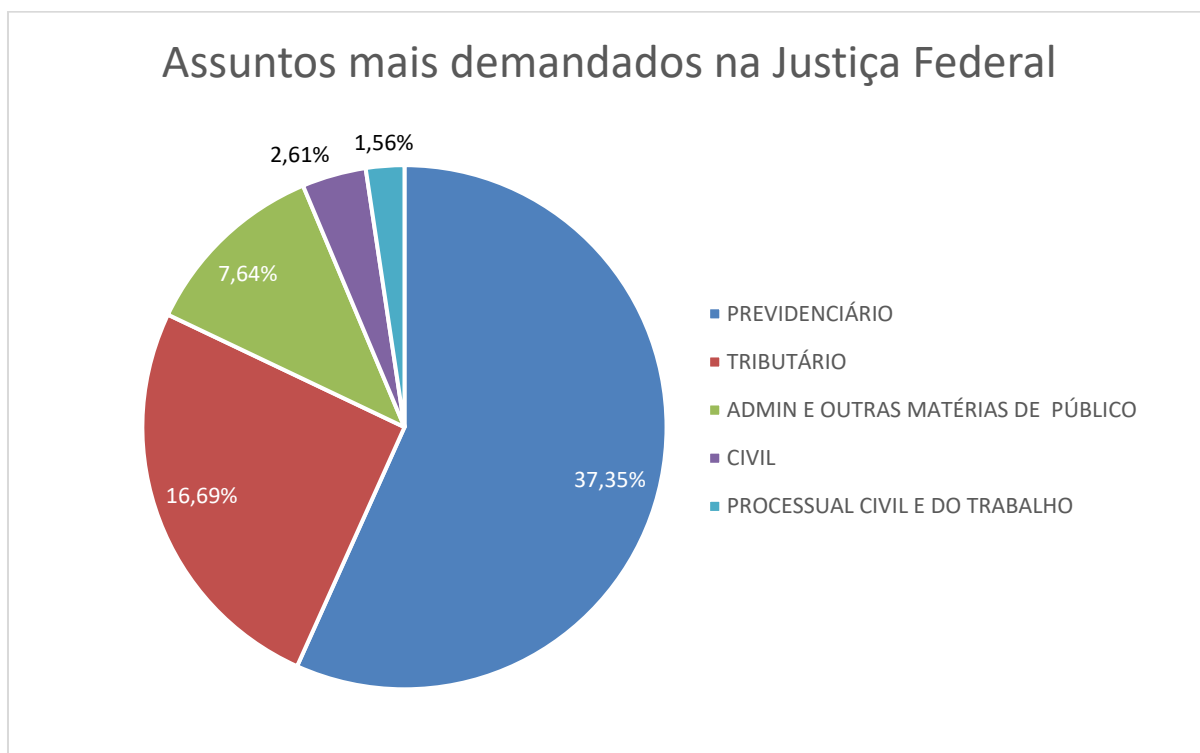
Gráfico 6.92 – Assuntos mais demandados na Justiça Federal

1. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Benefícios em Espécie/Auxílio—Doença Previdenciário	576.618 (11,44%)
2. DIREITO TRIBUTÁRIO - Dívida Ativa	406.485 (8,06%)
3. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Invalidez	316.032 (6,27%)
4. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Organização Político—administrativa/Administração Pública/FGTS/Fundo de Garantia por Tempo de Serviço	221.955 (4,40%)
5. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Benefícios em Espécie/Benefício Assistencial (Art. 203, V CF/88)	189.901 (3,77%)
6. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Idade (Art. 48/51)	177.164 (3,51%)
7. DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições/Contribuições Sociais	150.904 (2,99%)
8. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Tempo de Contribuição (Art. 55/6)	135.296 (2,68%)
9. DIREITO CIVIL - Obrigações/Espécies de Contratos	131.574 (2,61%)
10. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - RMI — Renda Mensal Inicial, Reajustes e Revisões Específicas/RMI — Renda Mensal Inicial	114.704 (2,27%)
11. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Benefícios em Espécie/Pensão por Morte (Art. 74/9)	110.052 (2,18%)
12. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Pedidos Genéricos Relativos aos Benefícios em Espécie/Concessão	109.646 (2,17%)
13. DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos/IRPF/Imposto de Renda de Pessoa Física	99.626 (1,98%)
14. DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições/Contribuições Corporativas	95.538 (1,89%)
15. DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições/Contribuições Previdenciárias	89.469 (1,77%)
16. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -Servidor Público Civil/Sistema Remuneratório e Benefícios	83.970 (1,67%)
17. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Benefícios em Espécie/Aposentadoria Especial (Art. 57/8)	79.564 (1,58%)
18. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -Dívida Ativa não—tributária/Multas e demais Sanções	79.061 (1,57%)
19. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Objetos de cartas precatórias/de ordem	78.807 (1,56%)
20. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - RMI — Renda Mensal Inicial, Reajustes e Revisões Específicas/Reajustes e Revisões Específicos	74.760 (1,48%)

Fonte: CNJ. Justiça em números 2016, ano base 2015.

Da tabela disponibilizada pelo CNJ, é possível elaborar um gráfico específico sobre os assuntos mais demandados na Justiça Federal, por grande área:

Gráfico 2 – Assuntos mais demandados na Justiça Federal por matéria – ano base 2015



Fonte: Elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelo CNJ.
(Justiça em números 2016, ano base 2015).

O Gráfico 2 se refere às ações distribuídas no ano de 2015 e demonstra que 37,35% das ações que tramitam na Justiça Federal dizem respeito apenas a questões previdenciárias, sendo tal seara o gargalo do Poder Judiciário Federal, seguida por ações que têm como temática o Direito Tributário, com 16,69% de participação, e outras matérias de Direito Administrativo e de Direito Público com 7,64% das ações. De tal forma que a Administração Pública é responsável, portanto, por nada menos que 81% (*oitenta e um por cento*) das ações distribuídas na Justiça Federal no ano de 2015.

Até mesmo na Justiça Estadual, o quadro não é muito diferente. A partir dos dados disponibilizados pelo CNJ é possível perceber que as causas que dizem respeito ao 'Direito Tributário' são responsáveis por mais de 10% (dez por cento) das demandas, conforme o Gráfico 3:

Gráfico 3 – Assuntos mais demandados na Justiça Estadual – ano base 2015

Gráfico 4.92 – Assuntos mais demandados no 1º grau (varas)

1. DIREITO TRIBUTÁRIO - Dívida Ativa	1.256.421 (7,88%)
2. DIREITO CIVIL - Obrigações/Espécies de Contratos	1.006.499 (6,31%)
3. DIREITO CIVIL - Família/Alimentos	776.805 (4,87%)
4. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Objetos de cartas precatórias/de ordem/Citação	471.300 (2,95%)
5. DIREITO CIVIL - Família/Casamento	428.864 (2,69%)
6. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Objetos de cartas precatórias/de ordem/Intimação	424.929 (2,66%)
7. DIREITO CIVIL - Família/Relações de Parentesco	411.072 (2,58%)
8. DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos/IPTU/ Imposto Predial e Territorial Urbano	410.182 (2,57%)
9. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Medida Cautelar/Liminar	333.123 (2,09%)
10. DIREITO CIVIL - Obrigações/Espécies de Títulos de Crédito	307.694 (1,93%)
11. DIREITO PENAL - Crimes contra a liberdade pessoal/Ameaça	302.906 (1,90%)
12. DIREITO CIVIL - Coisas/Propriedade	299.181 (1,88%)
13. DIREITO DO CONSUMIDOR - Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral	281.038 (1,76%)
14. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Processo e Procedimento/Antecipação de Tutela / Tutela Específica	266.985 (1,67%)
15. DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Moral	255.297 (1,60%)
16. DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante/Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas	238.814 (1,50%)
17. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Atos Processuais	237.066 (1,49%)
18. DIREITO PENAL - Violência Doméstica Contra a Mulher	233.128 (1,46%)
19. DIREITO PENAL - Lesão Corporal/Decorrente de Violência Doméstica	230.142 (1,44%)
20. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Atos Processuais/Citação	201.646 (1,26%)

Fonte: CNJ. Justiça em números 2016, ano base 2015.

O estudo estatístico é importante para demonstrar a urgência de que a Administração Pública passe a ser mais eficiente na resolução dos próprios conflitos, bem como, demonstra a enorme disparidade na quantidade de processos provenientes da esfera pública em relação àquelas provenientes da esfera privada. Para a presente pesquisa, tendo em vista o exposto, foi feito um estudo estatístico a partir dos dados disponibilizados pelo STF e pelo CNJ⁹⁶, com a produção de gráficos específicos acerca da distribuição por matéria e por classe processual nos anos de 2016 e 2017 (dados atualizados até 09.09.2017).

De tal forma que os gráficos seguintes trazem, respectivamente: a porcentagem da distribuição de ações, por matéria, no STF no ano de 2016; porcentagem da distribuição de ações, por matérias no STF no ano de 2016, especificamente divididas por área: Direito Público *versus* demais matérias; classes mais recorrentes no STF; processos novos por ramos do Direito; ADIs, por matéria, distribuídas no ano de 2016; ADCs distribuídas, por matéria no ano de 2016 e no

⁹⁶ Há uma pequena diferença no número de processos constante dos bancos de dados do STF em relação ao relatório do CNJ, com margem de erro de 2%.

ano de 2017; ADPFs, por matéria, distribuídas no ano de 2016; Reclamações, por área, distribuídas no ano de 2017; Recursos Extraordinários distribuídos, por área, no ano de 2016 e Recursos Extraordinários com Agravo distribuídos no ano de 2016.

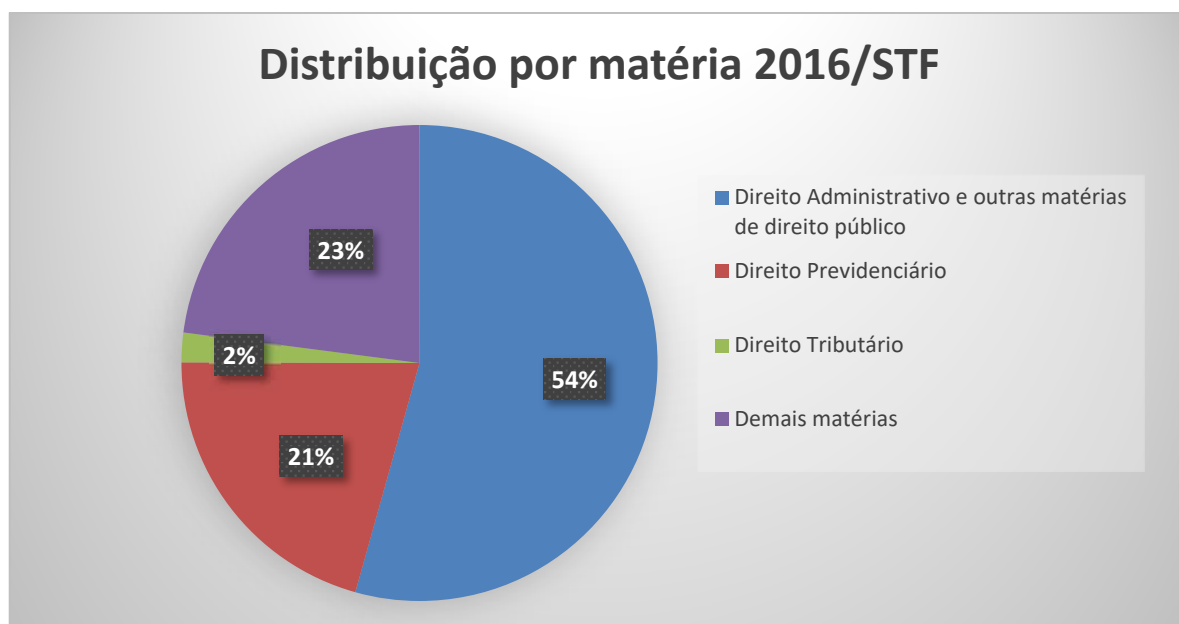
Primeiramente, separamos os 89.959 (oitenta e nove mil, novecentos e cinquenta e nove) processos distribuídos no ano de 2016 por matéria, conforme Tabela 1 e Gráfico 4:

Tabela 1 – Distribuição por matéria – 2016/STF

Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público	48.893
Direito Previdenciário	18.613
Direito Tributário	1.810
Demais matérias	20.643
Total	89.959

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelas Estatísticas do STF (STF, 09.09.2017).

Gráfico 4 – Distribuição por matéria 2016/STF



Fonte: Elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelas Estatísticas do STF (STF, 09.09.2017).

Percebe-se que dos processos distribuídos ao STF no ano de 2016, nada menos do que 77% (*setenta e sete por cento*) dizem respeito a matérias que envolvem a Administração Pública: Direito Administrativo e outras matérias de

Direito Público com 54% (cinquenta e quatro por cento), seguido de processos da área de Direito Previdenciário, com 21% (vinte e um por cento) e de Direito Tributário, com 2% (dois por cento).

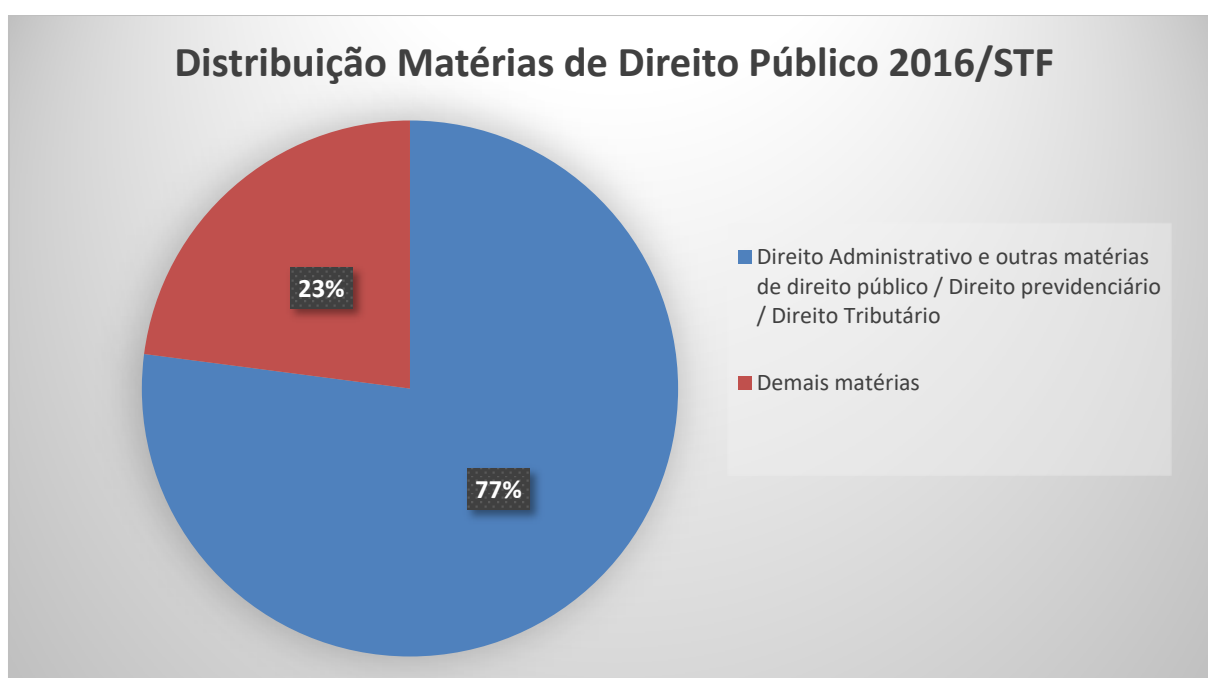
Segundo o relatório Supremo em Ação 2017, ano base 2016, os dois maiores litigantes do acervo do STF em 2016, tanto no polo ativo, quanto no passivo, foram a União e o INSS.

Entre os maiores demandantes (polo ativo) figuram, depois da União (com 4.948 processos) e do INSS (1.612 processos), o Ministério Público Federal (com 1.478 processos), e os Estados do Rio de Janeiro (1.130) e de São Paulo (1.075 processos).

Entre os maiores demandados (polo passivo) estão a União (6.074 processos), o INSS (3.714 processos), o STJ (1.776 processos), o MPF (1.721 processos) e o Estado de São Paulo (1.255 processos).

Esses números corroboram a hipótese de pesquisa, comprovando que a Administração Pública trabalha com excesso de litigiosidade. É o que se depreende, também, do Gráfico 5, em que a disparidade é percebida mais facilmente:

Gráfico 5 – Distribuição por matéria – Direito Público – 2016/STF

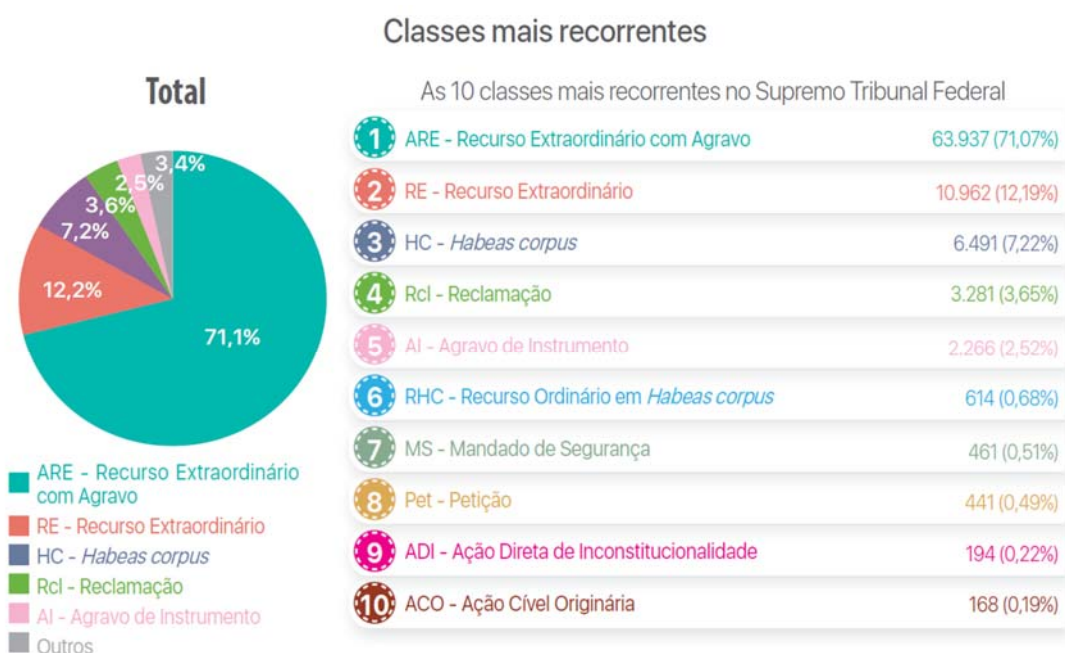


Fonte: Elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelas Estatísticas do STF (STF, 09.09.2017).

Conforme sugerido no capítulo anterior (2.3), possuem força vinculante as decisões proferidas em sede de ADI ou ADIn, ADC, ADPF, no controle concentrado, e em sede de Recurso Extraordinários com repercussão geral, Reclamações, Súmulas e Súmulas Vinculantes, no controle difuso, razão pela qual se fez o estudo estatístico específico sobre essas classes processuais.

O Gráfico 6 mostra quais são as classes mais recorrentes no âmbito do STF.

Gráfico 6 – Classes mais recorrentes no STF – ano base de 2016



Fonte: CNJ. Supremo em Ação 2017 – Ano-base 2016.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal essa grande quantidade de ações envolvendo a Administração Pública acaba por refletir em Reclamações, Recursos Extraordinários, ADIs, etc.

Assim, a partir das matérias mais recorrentes nas lides envolvendo a Administração Pública, são elaborados estudos estatísticos a seguir estampados.

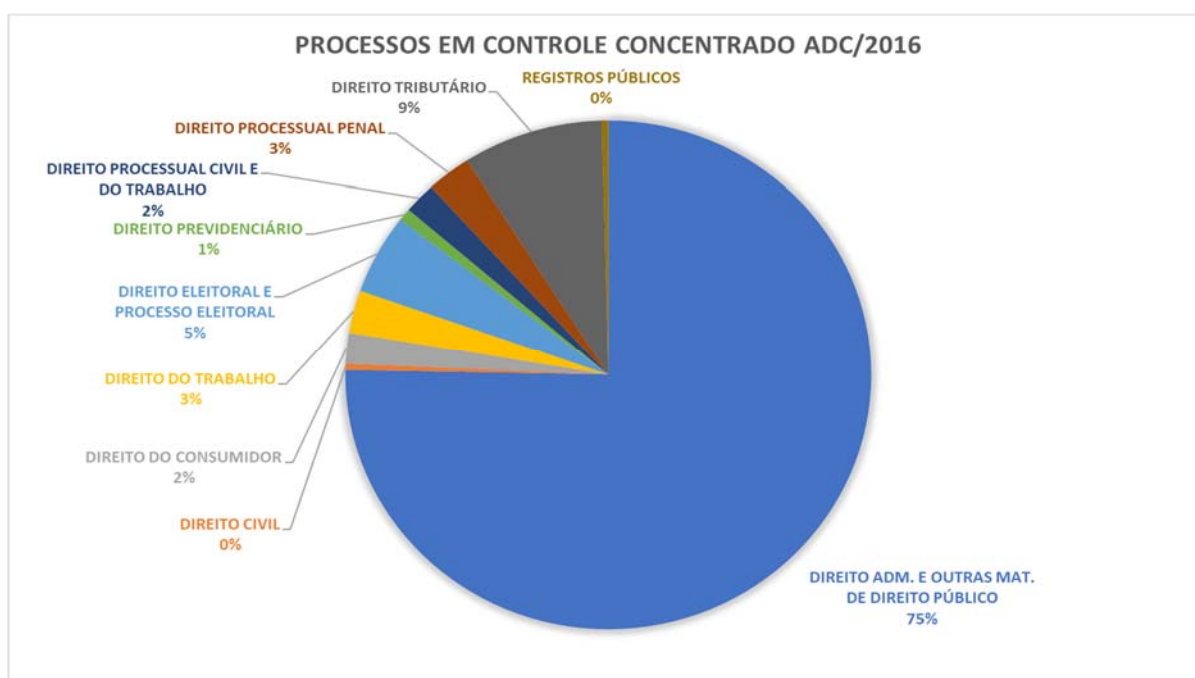
Em sede de controle concentrado, vide a Tabela 2:

**Tabela 2 – Processos distribuídos em sede de controle concentrado
– ano de 2016 – por matéria**

CONTROLE CONCENTRADO 2016	Processos
ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade	6
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade	194
ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	1
ADPF Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	59
Total	260

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelas Estatísticas do STF (STF, 09.09.2017).

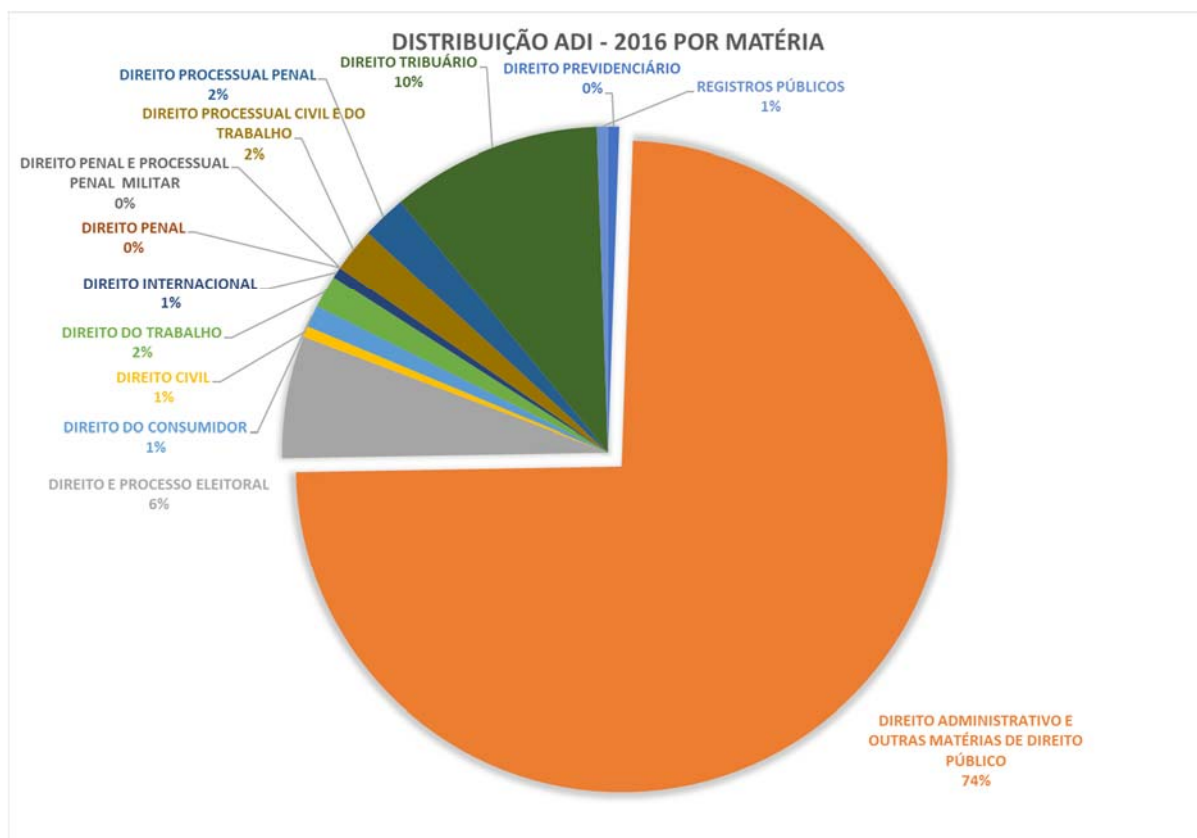
**Gráfico 7 – Processos distribuídos em sede de controle concentrado
– ano de 2016, por matéria**



Fonte: Elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelas Estatísticas do STF (STF, 09.09.2017).

No ano de 2016, o STF recebeu 194 Ações Diretas de Inconstitucionalidade, sendo que as matérias tratadas nas ADINs foram divididas conforme o Gráfico 8.

Gráfico 8 – Distribuição de ADINs – ano de 2016, por matéria



Fonte: Elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelas Estatísticas do STF (STF, 09.09.2017).

Como se depreende do Gráfico 8, as ADINs distribuídas envolvem preponderantemente a Administração Pública, com 74% (setenta e quatro por cento) do total. Frise-se que o Supremo Tribunal Federal pode declarar a inconstitucionalidade parcial de expressões ou palavras, sendo que as decisões proferidas em ADINs têm força vinculante, por força do artigo 102, § 2º da Constituição Federal de 1988⁹⁷.

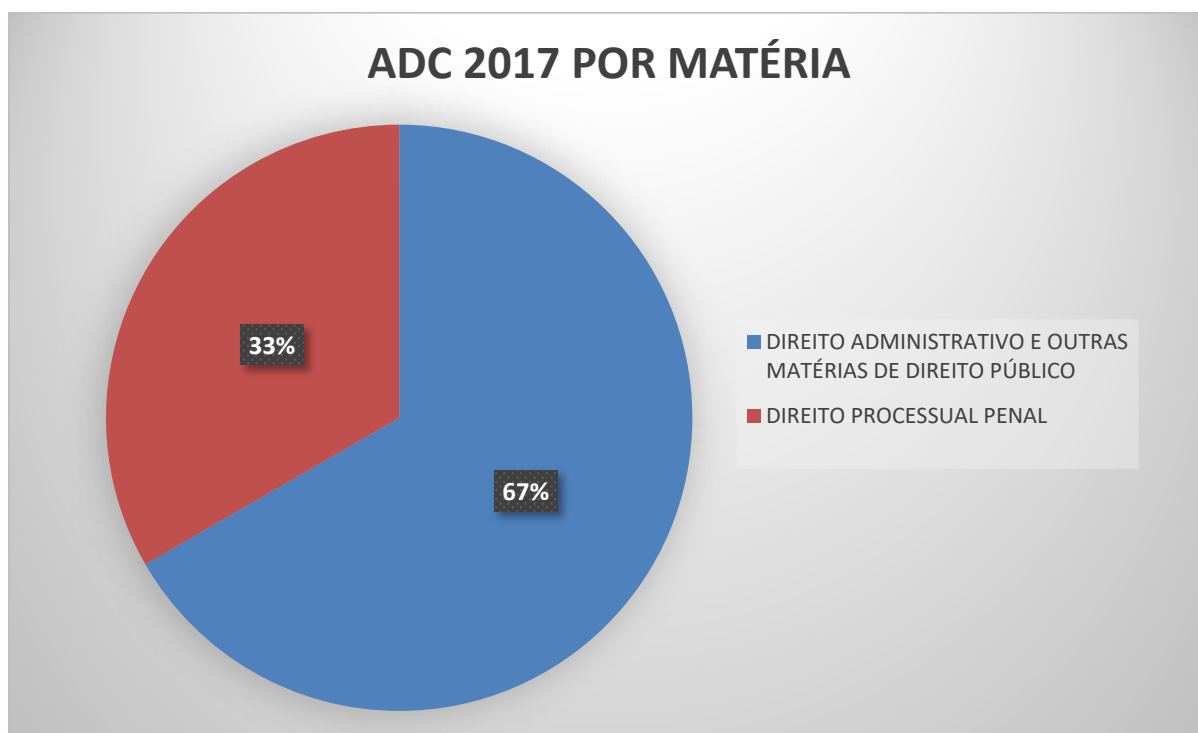
⁹⁷ CF/88. Art. 102. [...]

§ 2º – As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, com exceção do próprio STF.

Portanto, conforme visto, o efeito vinculante em sede de controle concentrado de constitucionalidade atinge todo o Poder Executivo e o Poder Judiciário, mas não o Poder Legislativo.

De igual forma, possuem força vinculante as decisões proferidas em sede de Ações Declaratórias de Constitucionalidade⁹⁸. No ano de 2016, das seis ADCs, quatro foram distribuídas para discutir matérias de Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público e alcançaram 67% do total, conforme demonstrado no Gráfico 9.

Gráfico 9 – ADCs distribuídas – ano de 2017, por matéria – STF

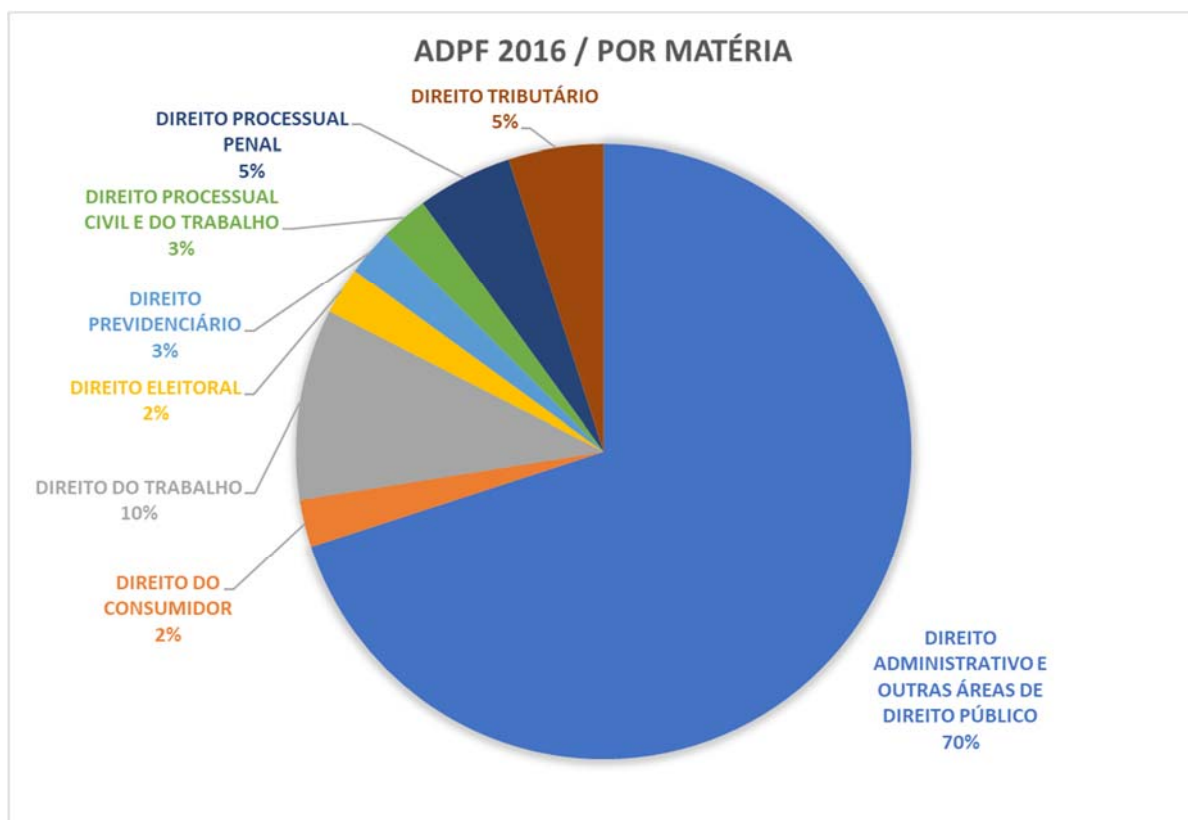


Fonte: Elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelas Estatísticas do STF (STF, 09.09.2017).

No ano de 2016, as 59 ADPFs distribuídas foram divididas por matéria conforme o Gráfico 10.

⁹⁸ Conforme ensina Pinheiro Neto (2016, p. 242), a ação declaratória de constitucionalidade tem por objetivo preservar a constitucionalidade de uma lei federal ou ato normativo federal objeto de divergências no controle difuso de constitucionalidade em meio aos órgãos jurisdicionais do país. Ela está prevista no artigo 102, § 2º, inc. I, alínea 'a' da CF/88 e, o efeito vinculante é conferido às decisões por força do art. 102, § 2º da CF/88.

Gráfico 10 – ADPFs distribuídas – ano de 2016, por matéria – STF



Fonte: Elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelas Estatísticas do STF (STF, 09.09.2017).

Em sede de ADPF a Administração Pública responde por nada menos que 80% das 59 ações distribuídas ao STF no ano de 2016 (computando-se as áreas Direito Administrativo e outras áreas de direito público, Direito Eleitoral, Direito Previdenciários e Direito Tributário).

Mais uma vez, a Administração Pública é a principal parte nas ações distribuídas, corroborando a hipótese de que a sua atual atitude de não se preocupar com as decisões vinculantes do STF está causando o emperramento do Poder Judiciário.

Entre 2009 e 2017 houve um aumento significativo no número de Reclamações dirigidas ao Supremo⁹⁹, em decorrência da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, que trouxe enorme importância para a ação de

⁹⁹ Número de reclamações por ano:

2009 = 1.953	2010 = 1.384	2011 = 1.435	2012 = 1.149
2013 = 2.211	2014 = 2.814	2015 = 3.694	2016 = 3.069

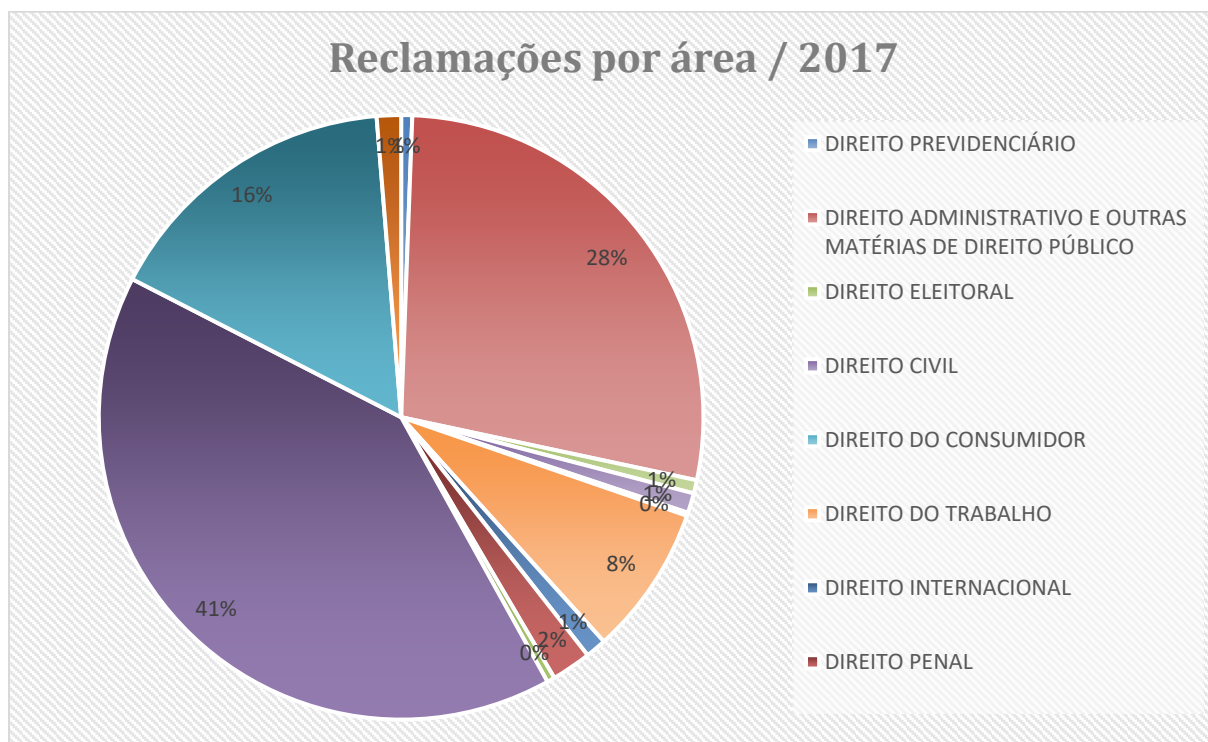
Reclamação. Como a Reclamação assegura o efeito vinculante para os casos em que as decisões vinculantes foram descumpridas, a análise estatística ganha relevância, de tal forma que os dados utilizados foram aqueles disponíveis já no ano de 2017, uma vez que refletem melhor a divisão por matéria pretendida na presente dissertação. De tal forma que o Gráfico 11 analisa as Reclamações do ano de 2017.

Tabela 3 – Reclamações distribuídas – 2017

RECLAMAÇÕES 2017	
Direito Previdenciário	10
Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público	471
Direito Eleitoral	12
Direito Civil	18
Direito do Consumidor	3
Direito do Trabalho	136
Direito Internacional	19
Direito Penal	36
Direito Penal e Processual Penal Militar	7
Direito Processual Civil e do Trabalho	689
Direito Processual Penal	274
Direito Tributário	22
TOTAL	1.697

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelas Estatísticas do STF (STF, 09.09.2017).

Gráfico 11 – Reclamações distribuídas – ano de 2017, por matéria – STF



Fonte: Elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelas Estatísticas do STF (STF, 09.09.2017).

Novamente, vemos a Administração Pública como maior cliente do judiciário. As Reclamações impetradas no ano de 2017 com participação da Administração Pública alcançam 45% (quarenta e cinco por cento) do total (considerando-se as áreas Direito Administrativo e outras áreas de Direito Público, Direito Eleitoral e Direito Previdenciário). Em seguida, com 41% (quarenta e um por cento) das ações distribuídas, estão as pertinentes ao Direito Processual Civil ou do Trabalho.

Conforme demonstrado no Gráfico 6, os Recursos Extraordinários com Agravo e os Recursos Extraordinários correspondem às classes processuais mais demandadas no STF, de tal forma que o estudo estatístico da participação da Administração Pública nessas duas classes processuais é relevante, uma vez que se demonstra que mesmo nas ações individualmente impetradas, a Administração Pública é a campeã em número de ações.

O relatório Supremo em Ação (2017, p. 75) destaca que dos 353 temas julgados, na grande maioria dos casos (254), a Corte se defrontou com novas discussões constitucionais ou mesmo com a necessidade de revisitar sua jurisprudência para superar o entendimento até então dominante (*overruling*).

Ainda, em outros 99 temas, o STF reconheceu a repercussão geral da matéria para reafirmar sua jurisprudência e emprestar aos precedentes a força vinculante e o potencial replicador previstos no Código de Processo Civil de 2015 com as alterações promovidas pela Lei nº 13.256, de 2016.

O Supremo Tribunal Federal negou a existência de repercussão geral em outros 308 casos, reputando a matéria submetida a julgamento como infraconstitucional em 266 oportunidades e irrelevante em 42 situações.

Conforme já dito, os Recursos Extraordinários, com ou sem Agravo, compõem a classe processual com o maior peso nos índices de litigiosidade enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal. Somente em 2016, dos 89.959 processos ingressados no STF, 83,25% foram Recursos Extraordinários, o que dá a dimensão da carga de trabalho empregada para a análise da admissibilidade de tais recursos e, por consequência, sua filtragem pelo mecanismo da repercussão geral.

No Gráfico 12 traz-se primeiramente os dados pertinentes aos Recursos Extraordinários.

Gráfico 12 – Recursos Extraordinários distribuídos – ano de 2016, por matéria – STF



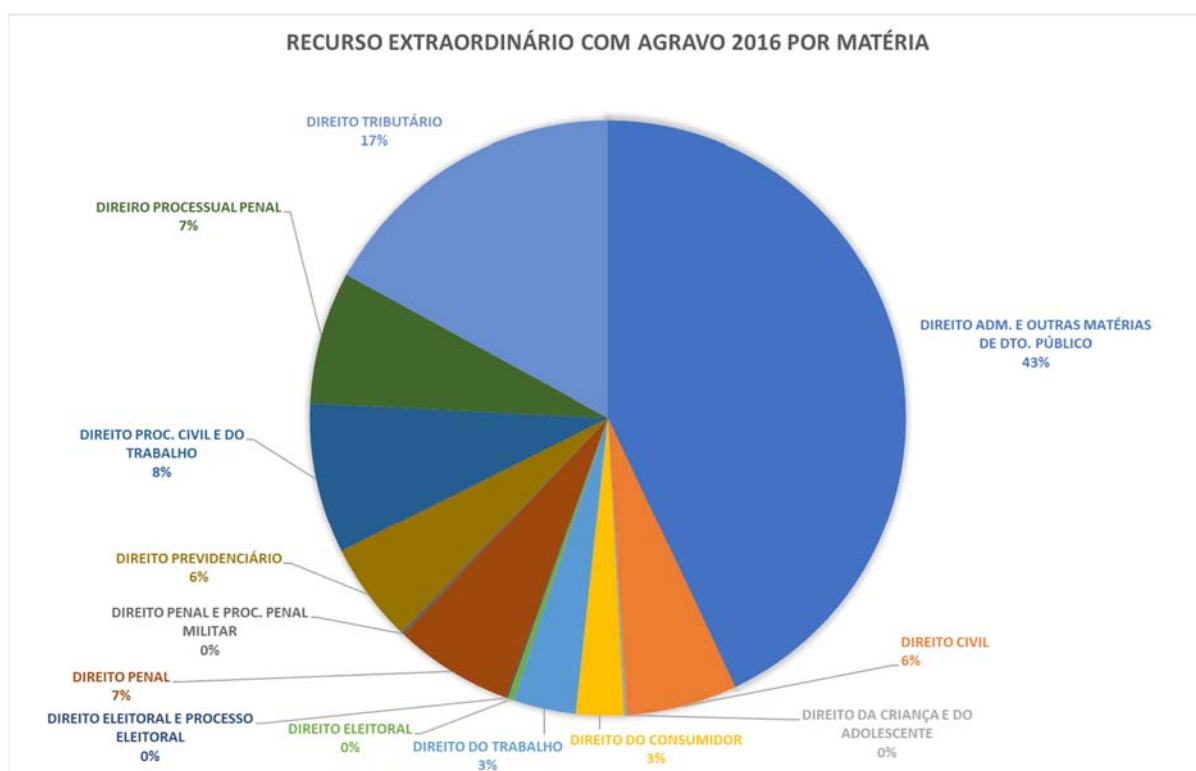
Fonte: Elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelas Estatísticas do STF (STF, 09.09.2017).

Da análise dos dados apresentados é possível concluir que a Administração Pública está envolvida em 77% (setenta e sete por cento) dos Recursos Extraordinários distribuídos no ano de 2016, incluindo as áreas Direito Administrativo

e outras matérias de Direito Público (44%), Direito Tributário (23%) e Direito Previdenciário (10%).

Já no que se refere a impetração dos Recursos Extraordinários com Agravo, que pretendem destrancar recurso extraordinário inadmitido pelo tribunal de segundo grau, novamente é visível a grande participação da Administração Pública, que pode ser analisada no Gráfico 13.

Gráfico 13 – Recursos Extraordinários com Agravo distribuídos – ano de 2016, por matéria – STF

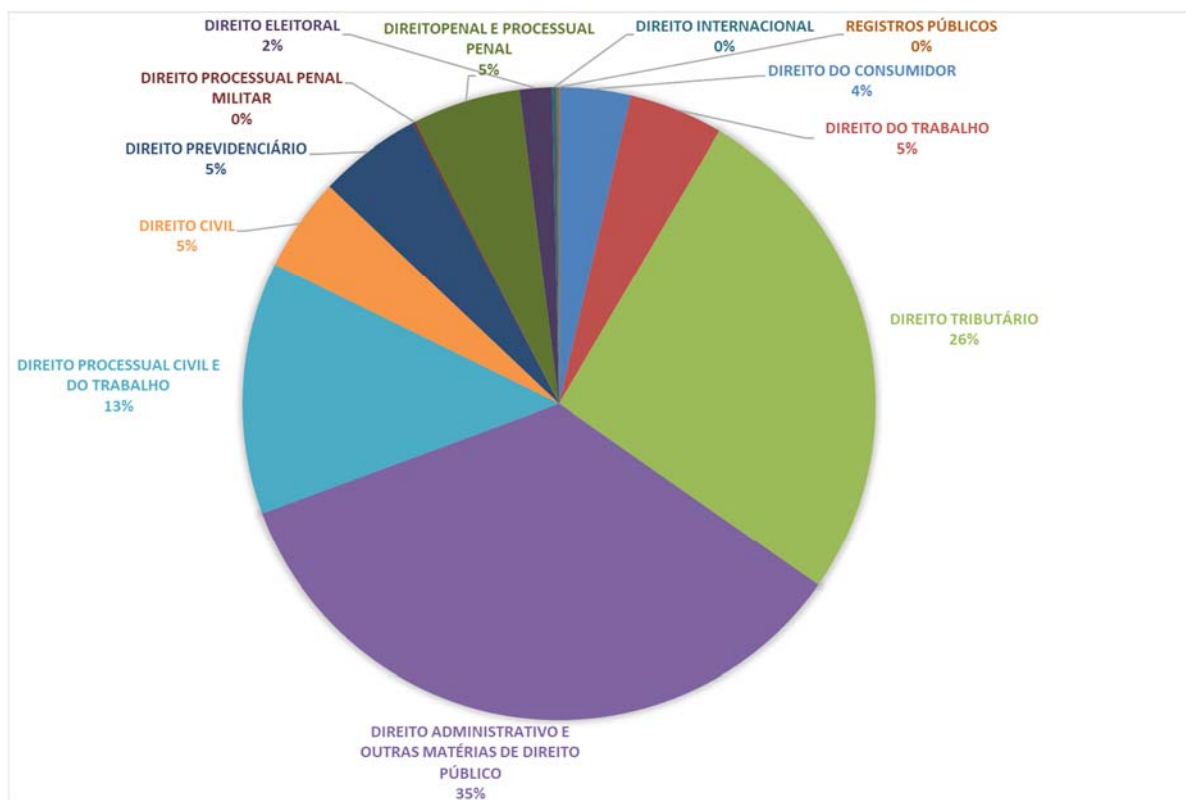


Fonte: Elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelas Estatísticas do STF (STF, 09.09.2017).

Mais uma vez é possível perceber a enorme participação da Administração Pública: 66% dos RExt com agravo se referem às seguintes matérias: Direito Administrativo e outras matérias de direito público (43%), Direito Tributário (17%) e Direito Previdenciário (6%). Perceba-se, especialmente, que há empate entre as matérias de Direito Previdenciário e Direito Civil, ambas com 6%. Ou seja, nessa seara o particular é minoria.

Por fim, o último gráfico traz o estudo estatístico das Repercussões Gerais:

Gráfico 14 – Repercussões Gerais – ano de 2016, por matéria – STF



Fonte: Elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelas Estatísticas do STF (STF, 09.09.2017).

Segundo o relatório Supremo em Ação (2017, p. 74), desde a regulamentação do instituto, o Supremo Tribunal Federal já apreciou a repercussão geral de 943 temas dos quais 633 tiveram a repercussão geral da matéria reconhecida.

O instituto da repercussão geral em Recurso Extraordinário merece uma análise mais aprofundada, tendo em vista que, quando admitida a repercussão geral, resta demonstrada a existência de relevância da matéria, de interesse coletivo, sendo a questão constitucional impactante para um elevado número de pessoas, bem como, há a suspensão de um grande número de processos, por força do disposto no artigo 1.035, § 5º do novo CPC, *verbis*:

Art. 1.035. [...]

§ 5º – Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional. (BRASIL, 2015).

Além disso, a repercussão geral tem ‘efeito multiplicador’, o que demonstra seu efeito vinculante para os casos idênticos em andamento, o que possibilita que o STF decida uma única vez e que, a partir dessa decisão, uma série de processos idênticos seja atingida.

De tal forma que a decisão proferida em sede de Recurso Extraordinário em que se tenha reconhecido a repercussão geral trata-se de precedente, vez que vinculará os tribunais e juízes, em casos similares, na mesma *ratio decidendi*. Deve vincular, também, a Administração Pública, só não sendo vinculante ao Legislativo.

A fim de exemplificar a importância do instituto da repercussão geral, escolhemos um caso específico: o Recurso Extraordinário 888.815/RS (STF, 2015), em que se discute a constitucionalidade do ensino domiciliar, também conhecido como *homeschooling*. A situação jurídica da educação domiciliar no Brasil tem gerado inúmeras controvérsias, sendo que a questão da constitucionalidade da prática da educação domiciliar chegou ao STF em decorrência da lacuna legislativa acerca do assunto. A prática da educação domiciliar tem crescido nos últimos anos: a Associação Nacional de Educação Domiciliar (EDUCAR, [2017]) afirma que cerca de seis mil crianças brasileiras (em 3,2 mil famílias) são educadas em casa, sendo que o número pode ser ainda maior, tendo em vista que muitas famílias optam por não divulgar tal informação, por medo de serem denunciadas. Isso porque é comum que as famílias que não enviam seus filhos à escola recebam a visita do Conselho Tutelar, e, posteriormente, sejam denunciadas à justiça pelo Ministério Público, sob a alegação de que estão cometendo o crime de abandono intelectual dos filhos, nos termos do artigo 246 do Código Penal¹⁰⁰. Os pais podem responder não só criminalmente, mas também, na esfera cível, sendo multados.

Hoje, várias famílias estão respondendo perante a justiça em razão de adotarem a prática do *homeschooling*, tanto que a questão já chegou ao STF, sendo reconhecida a sua *repercussão geral*. De tal forma que a repercussão geral foi reconhecida no RExt, tendo em vista que o interesse alcança várias famílias e, segundo o relator, tem relevância especialmente do ponto de vista social, jurídico e econômico.

¹⁰⁰ Abandono intelectual.

Art. 246. Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:
Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

Para o Ministro Barroso (Recurso Extraordinário 888.815/RS), do ponto de vista social, a questão tem relevância em razão da própria natureza do direito pleiteado, qual seja, o direito à educação domiciliar, sem a obrigatoriedade de escolarização, tanto que previsto no artigo 6º, *caput*, c/c artigo 205, da Constituição, como direito de todos e meio essencial ao exercício da cidadania e à qualificação para o trabalho. Afirma, também, que a relevância jurídica está relacionada à interpretação e alcance das normas constitucionais que preveem a liberdade de ensino e o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas (art. 206, incs. I e II, da CRFB/1988), bem como à definição dos limites da relação entre Estado e família na promoção do direito fundamental à educação. Por fim, afirma que a relevância tem também viés econômico, tendo em conta que, segundo os estudos citados no acórdão, o reconhecimento do *homeschooling* poderia reduzir os gastos públicos com a educação.

Uma vez reconhecida a repercussão geral, o STF sobrestou todos os processos em que se discute a matéria. De tal forma que, quando o STF se decida pela constitucionalidade – ou não – do *homeschooling*, a decisão terá eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, inclusive para a Administração Pública, mesmo que não haja qualquer alteração legislativa.

Tudo isso a fim de demonstrar a gravidade do fato de que a Administração Pública é também a maior cliente do STF quando se trata de Recurso Extraordinário com repercussão geral, respondendo, no ano de 2016, por 68% (sessenta e oito processos) distribuídos nessa categoria.

Os dados e gráficos apresentados confirmam a hipótese de que a Administração Pública é, efetivamente, a maior cliente do Poder Judiciário. Por todo o exposto, sugere-se a necessidade de vinculação da Administração Pública às decisões precedentes do STF como forma de superar este problema.

Apesar disso, um dos principais argumentos utilizados pela Administração Pública para não seguir precedentes diz respeito à “discrecionabilidade administrativa”, sendo definida por Bandeira de Mello (2006, p. 48) como a margem de liberdade dada ao administrador para escolher, valendo-se do princípio da razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da lei ou da liberdade conferida no

mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação apresentada.

Entretanto, o que se percebe é a existência de um abuso por parte da Administração Pública que, no mais das vezes, utiliza a discricionariedade como um escudo a fim de não se adequar aos precedentes exarados pelo Supremo Tribunal Federal. É o que se discute a seguir.

3.2 A QUESTÃO DA DISCRICIONARIEDADE E DA VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O presente capítulo pretende trazer uma reflexão crítica acerca do tratamento jurídico dado ao ato administrativo, abordando a questão da vinculação e da discricionariedade administrativa e a questão da decisão judicial sobre atos administrativos no contexto do pós-positivismo e do constitucionalismo. É importante frisar que o controle do ato administrativo pode ser exercido pelo Judiciário de forma a garantir a proteção de Direitos Fundamentais, e não de forma a substituir a Administração Pública na tomada de decisões administrativas¹⁰¹. Nesse contexto, existe uma obrigação constitucional que é imposta aos entes estatais a fim de que a norma seja cumprida em consonância com a própria Constituição, especialmente, no que se refere às políticas públicas e às normas que se prestam a proteção dos Direitos Fundamentais.

A primeira questão que se coloca quando se fala de discricionariedade administrativa diz respeito ao procedimento administrativo enquanto jurisdição. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 a discussão em torno das expressões “procedimento administrativo” e “processo administrativo” não restou resolvida, nem mesmo em face da redação do inciso LV do artigo 5º da CF/88, dispositivo que trouxe aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, a garantia do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Daí porque ainda hoje há discussão acerca da existência

¹⁰¹ Há de se ter cuidado com a questão da discricionariedade do judiciário, o que se deixa de enfrentar no presente trabalho, por fugir ao tema proposto. Vide, sobre o assunto Abboud (2014, p. 111): “Somente motivos e razões jurídico-constitucionais é que devem assentar uma decisão do STF, sob pena de incorrerem em arbitrariedades e decisionismos”.

de um *processo administrativo* e não apenas de um *procedimento administrativo*. A corrente minoritária ainda defende a existência de mero procedimento administrativo, enquanto a majoritária fala na existência de processo administrativo.

A par dessa discussão, que não é objeto do estudo, ressalta-se que a Lei nº 9.784/1999 regula, expressamente, o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Também o CPC/2015 trata do processo administrativo, quando, em seu artigo 15, afirma: “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”. Ou seja, uma vez que o próprio CPC é aplicado ao processo administrativo, de forma subsidiária, pode-se afirmar que há a obrigatoriedade da observância de precedentes, devendo a Administração Pública adotar posicionamentos coerentes, a fim de pacificar os seus próprios entendimentos. Mas não só isso: a Administração Pública deve se vincular a precedentes para realizar os seus próprios princípios (CF/88, art. 37).

Nesse viés, o papel do constitucionalismo no controle jurisdicional se desenvolveu especificamente para coibir os excessos do Poder Público. Nas palavras de Abboud (2014, p. 104) “é o constitucionalismo que coloca freios e racionaliza o poder”. Para o autor, a jurisdição constitucional possibilita o controle judicial amplo do Poder Executivo, em concreto a atividade da Administração Pública.

Pode-se afirmar que a função da jurisdição constitucional consiste, em um primeiro momento, na limitação do Poder Público, sendo a última sede em que ocorre o controle do Poder Executivo. Ocorre que, em razão do controle de constitucionalidade, e principalmente em virtude das decisões manipulativas, a jurisdição constitucional também possui como característica controlar os erros provenientes do Poder Legislativo. Juntamente com essa função de controle, essa atividade jurisdicional tem por escopo garantir a preservação das minorias e assegurar a concretização e o respeito ao catálogo de direitos previstos no texto constitucional. Em termos dogmáticos, pode-se afirmar que a jurisprudência oriunda da jurisdição constitucional, desde que consistentemente fundamentada, confere coerência e garante a preservação do próprio direito, mais precisamente da própria Constituição Federal. (ABBOUD, 2014, p. 104-105).

Barboza (2005, p. 9-15), afirma que a jurisdição constitucional exerce um papel importante na implementação dos valores substantivos previstos na Constituição Federal de 1988 e, conseqüentemente, na realização da Democracia. Para a autora, o Poder Judiciário, ao exercer a jurisdição constitucional, garante ao

Brasil seu *status* como Estado Democrático de Direito. Não é de hoje que há uma tensão entre o Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo, de tal forma que o Poder Judiciário tem sido a porta de entrada para as demandas que não são atendidas pelo Executivo e pelo Legislativo, especialmente no que se refere à efetivação de Direitos Fundamentais. Daí porque Barboza (2005) discute o caráter contramajoritário da jurisdição constitucional na defesa dos direitos fundamentais. Afirmando que a tensão existente entre a jurisdição constitucional, os direitos fundamentais e a democracia é apenas aparente, uma vez que “a jurisdição constitucional exerce um papel importante na implementação dos valores substantivos previstos na Constituição Federal de 1988, e consequentemente, na realização da democracia”. (BARBOZA, 2005, p. 176).

Conforme Ataíde Junior (2013, p. 98-99), os juízes e, claro, o Supremo Tribunal Federal, ao decidirem, fazem escolhas obedecendo a lógica do sistema de regras e de princípios jurídicos, em observância à segurança jurídica e nos ideais de legitimação democrática:

Nessa perspectiva, é indisfarçável o pragmatismo jurídico em determinadas decisões do Supremo Tribunal Federal, no âmbito da jurisdição constitucional: o abolição do nepotismo no serviço público brasileiro, mesmo sem lei formal, a partir da aplicação direta dos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência administrativas (art. 37, *caput*, Constituição); o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família, sem lei formal e mesmo diante do dispositivo constitucional expresso que reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar (art. 226, § 3º, Constituição), para isso evocando o princípio da dignidade da pessoa humana; e a imposição da fidelidade partidária aos parlamentares eleitos pelo sistema proporcional, também sem lei formal nesse sentido, com justificação no princípio democrático. Em todos esses casos, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição (art. 102), realizou, concretamente, as promessas constitucionais de moralidade e eficiência no serviço público, de não discriminação entre pessoas em função do sexo ou da orientação sexual e de respeito ao postulado democrático. Esses eram os referenciais comuns de cada decisão, os objetivos perseguidos, todos extraídos do texto constitucional. Os argumentos contrários, atinentes, na maioria, à violação dos princípios da separação dos poderes e da legalidade, ante a ausência de debate legislativo, foram afastados em função do fim almejado (pela Constituição). Preferiu-se a solução que melhor atendesse aos princípios constitucionais, ainda que, para isso, fosse necessário abandonar certos pressupostos conceituais, especialmente os referentes às funções de cada poder na República. (ATAÍDE JR, 2013, p. 99).

De maneira que a Administração Pública não pode se quedar inerte às decisões do STF nas matérias que lhe dizem respeito, mantendo a perniciosa

postura de não observar o que a Corte decide – como se não houvesse qualquer obrigação de sua parte no esforço pela consecução dos objetivos constitucionais.

Conforme Abboud (2014, p. 149), no “Estado Constitucional tanto a Administração quanto o Judiciário devem proferir a melhor solução possível do ponto de vista jurídico”. Para o autor, no Estado Constitucional não se deve mais tolerar uma atuação do Poder Público que não tenha amparo direito no texto constitucional e na legalidade vigente. Tendo em vista ser o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição, é perfeitamente lógico que a Administração deva se utilizar dos precedentes desta Corte, especialmente em se tratando de questões relacionadas às Políticas Públicas e à proteção aos Direitos Fundamentais. Assim, “não se pode mais admitir um agir administrativo discricionário e, por consequência, negar ao Judiciário o exame do mérito administrativo”. Mais que isso: tendo em vista que a revisão do ato administrativo pelo Judiciário é plenamente admitida, melhor seria que a Administração já se pautasse no entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, evitando a judicialização e a revisão judicial de seus atos.

Segundo Hachem (2014b, p. 219), “a base para o reconhecimento do dever de respeito da Administração Pública aos precedentes encontra-se no direito fundamental à tutela administrativa efetiva”. Para o autor, o embasamento normativo deriva uma interpretação sistemática dos seguintes dispositivos: (i) artigo 5º, § 2º da Constituição Federal¹⁰²; (ii) artigos 5º, § 1º e 37, *caput*, da CF¹⁰³; (iii) artigos 1º,

¹⁰² CF/88. Art. 5º. [...]

§ 2º – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹⁰³ CF/88. Art. 5º. [...]

§ 1º – As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.
[...]

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

incisos II e III, e 3º, incisos I a IV da CF¹⁰⁴; (iv) artigos 2º, inciso 3º, “a” e “b” do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹⁰⁵.

Trata-se do direito fundamental do cidadão:

1. de receber da Administração Pública, em prazo razoável, uma tutela efetiva – espontânea, integral e igualitária – dos seus direitos;
2. que autoriza a adoção de todas as técnicas e procedimentos administrativos adequados para tanto, mesmo que para atender integralmente às determinações do bloco de constitucionalidade seja necessário, excepcionalmente, agir na falta de lei (*praeter legem*) ou contrariamente à lei (*contra legem*);
3. e que proíbe o Estado de atuar, administrativa ou judicialmente, em prol de seus interesses secundários, quando estes forem descoincidentes com os direitos fundamentais. (HACHEM, 2014b, p. 219).

Conforme salienta Abboud (2014, p. 225, grifo no original), “no Estado Constitucional, *só pode haver discricionariedade para solucionar questões não jurídicas*”, de tal forma que não é possível ao administrador se utilizar da

¹⁰⁴ CF/88. Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana; [...]

[...]

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁰⁵ Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

ARTIGO 2

1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

2. Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a tomar as providências necessárias com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto.

3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a:

a) Garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto tenham sido violados, possa de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais;

b) Garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão; e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial;

c) Garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso.

discricionariedade na solução de questões jurídicas, havendo, portanto, possibilidade de que o mérito do ato administrativo seja examinado pelo Poder Judiciário a fim de corrigir qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Afirma ainda o autor que diversos órgãos da Administração Pública realizam atividade muito próxima da jurisdicional, o que lhes possibilitaria, inclusive, a aplicação direta da Constituição, de tal modo que os atos administrativos que solucionem contendas administrativas/processos administrativos em nenhuma oportunidade podem se pautar em atos discricionários, sob pena de violação ao que dispõe o artigo 93, incs. IX e X da CF/88. (ABBOUD, 2014, p. 226-227).

Abboud (2014, p. 231) assim conclui:

Na esfera do Direito Administrativo, a verdadeira revolução promovida pela Constituição trouxe uma nova visão do ato administrativo discricionário: se outrora o exame do seu mérito era inviolável em juízo, hoje, o Judiciário está autorizado a examinar as razões de conveniência e oportunidade do administrador. (ABBOUD, 2014, p. 231).

Há, portanto, uma nova concepção do Direito Administrativo, sobretudo após a Constituição de 1988, pela qual a Administração Pública está vinculada aos mandamentos constitucionais, sejam eles quais forem, e que a discricionariedade administrativa não pode mais servir de escudo para justificar a atuação ineficiente da Administração, de tal maneira que, em qualquer caso, o controle judicial do mérito do ato administrativo é possível. (ABBOUD, 2014, p. 231).

Nesse sentido, e tendo em vista que a Constituição Federal é o texto normativo que consagra os direitos fundamentais do cidadão, não pode a Administração Pública negar a esses cidadãos tais direitos constitucionais expressamente previstos, alegando uma suposta discricionariedade, bem como, não pode aplicar entendimento diferente do que aquele exarado pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões vinculantes (já descritas anteriormente), posto que estas vinculam, inclusive, o Poder Executivo (só não sendo vinculantes para o Poder Legislativo). Ora, se a Constituição assegura os direitos fundamentais, se o STF decidiu sobre determinada matéria constitucional, garantindo o direito fundamental, a supressão de tais direitos fundamentais não está autorizada à Administração Pública, sendo que eventual limitação a direito fundamental deve ter,

obrigatoriamente, base legal, não podendo ser delimitado com base apenas no “interesse público”.

O controle de constitucionalidade adotado hoje no Brasil é resultado de inúmeras experiências, desde a *judicial review* até a teoria do controle abstrato de Hans Kelsen (já estudadas anteriormente), sendo que a concretização da jurisdição constitucional é responsável pela racionalização e pela limitação do Poder estatal, de tal forma que a limitação, no Estado Constitucional, também se aplica à Administração Pública – pois se trata de Direito Fundamental – estando a Administração subordinada à Constituição e, conseqüentemente, ao Tribunal Constitucional. Para além disso, o próprio limite da separação dos poderes e dos controles recíprocos entre eles prevê a possibilidade de controle de constitucionalidade a vincular a Administração Pública¹⁰⁶.

Uma vez que a Administração Pública está vinculada à Constituição, não pode alegar uma suposta supremacia do interesse público sobre o privado a fim de negar Direitos Fundamentais constitucionalmente previstos, ainda mais por serem os Direitos Fundamentais limitadores do Poder Público.

Por fim, sobre os Direitos Fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet (2012) explica o mecanismo através do qual a Constituição consubstanciou-se nesse espaço precípua de guarda de tais direitos:

Tendo em vista que a proteção da liberdade por meio dos direitos fundamentais é, na verdade, proteção juridicamente mediada, isto é, por meio do Direito, pode afirmar-se com segurança, na esteira do que leciona a melhor doutrina, que a Constituição (e, neste sentido, o Estado constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional. Os direitos fundamentais, consoante oportunamente averbou H.-P. Schneider, podem ser considerados, neste sentido, *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático. Além disso, como já havia sido objeto de previsão expressa na declaração de direitos da ex-colônia inglesa da Virgínia (1776), os direitos fundamentais passaram a ser simultaneamente a base e o fundamento (*basis and foundation of*

¹⁰⁶ Conforme Barbosa (2002, p. 36), “A separação de poderes foi criada com a finalidade precípua de garantir a liberdade do indivíduo frente ao Estado. Ainda que muitos críticos de Montesquieu tenham razão em afirmar que o mesmo propugnou uma divisão de funções, e não uma real separação de poderes, sua preocupação não era com a eficiência do Estado e, sim, com o exercício limitado do poder. O instrumento de limitação era o direito e o objeto de sua tripartição de poderes era as ações do Estado, as quais deveriam ser reguladas pelo direito. Assim, o Poder Legislativo deveria elaborar as leis; o Poder Executivo deveria cumpri-las, cabendo ao Poder Judiciário o papel de árbitro em caso de conflito Estado-cidadão”.

government), afirmando, assim, a ideia de um Estado que, no exercício de seu poder, está condicionado aos limites fixados na sua Constituição. (SARLET, 2012, e-book).

A possibilidade de vinculação da Administração Pública aos precedentes do STF encontra fundamento não só na própria Constituição Federal, como visto, mas em diversos princípios e outros dispositivos infraconstitucionais, como se verá no próximo subcapítulo.

3.3 FUNDAMENTOS DOS PRECEDENTES E SUA APLICAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PRESSUPOSTOS JURÍDICOS PARA A ATRIBUIÇÃO DE FORÇA VINCULANTE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS

A primeira questão que surge quando se fala em vinculação da Administração Pública a precedentes diz respeito ao fundamento legal que obrigaria tal vinculação. A obrigatoriedade decorre de norma constitucional, mas não só dela: decorre de legislação infraconstitucional e de princípios que regem o sistema jurídico brasileiro¹⁰⁷.

Não é demais lembrar que os princípios que regem a Administração Pública estão elencados no artigo 37 da Constituição Federal, que assim dispõe, no *caput*: *verbis*: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. (BRASIL, 1988). De tal forma que não é necessária a existência de lei específica para que se afigure a eficácia vinculante dos precedentes exarados pelo STF à Administração Pública, sendo que a vinculatividade pode ser extraída a partir de princípios, tais como o da igualdade, o da segurança jurídica, o da boa-fé, o da eficiência. Assim, a invocação de certos princípios jurídicos é suficiente para fundamentar a eficácia vinculante dos precedentes judiciais à Administração Pública. Isso porque, conforme Carvalho

¹⁰⁷ Conforme Hachem (2014b, p. 231): Não precisa existir regra legal alguma para que se possa sustentar a obrigatoriedade de a Administração Pública respeitar os precedentes judiciais relativos a direitos fundamentais sociais. Se do princípio da igualdade não fosse possível extrair essa consequência, quedariam bastante abaladas as afirmações, tão propaladas na atualidade, de que princípios constitucionais são normas, revestidas de força jurídica vinculante, e que a atividade administrativa constitucionalizou-se, encontrando-se atualmente submetida à incidência dos direitos fundamentais. Esperar que o legislador tenha de criar essa determinação pela via de lei formal é o mesmo que rejeitar a eficácia jurídica do princípio constitucional (e direito fundamental) da igualdade.

(2016, e-book), “princípios jurídicos são normas jurídicas, tal como as regras, dotadas de elevada normatividade”. Daí porque essa força jurídica permite que os princípios jurídicos sirvam de fundamento para um instituto jurídico, ainda que não regulado pela legislação.

O primeiro princípio que ampara a vinculação da Administração Pública aos precedentes do STF é o da igualdade¹⁰⁸, que pode ser considerado como o mais relevante: o princípio da igualdade é, inclusive, inerente à ideia de República¹⁰⁹ e irmão do princípio democrático segundo o qual “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988).

Nas palavras de Carvalho (2016, e-book):

Para que o princípio da igualdade seja plenamente respeitado é preciso, também, que a lei seja aplicada de maneira isonômica. Do contrário, de que valeria o princípio da igualdade se no momento de sua aplicação ele fosse amesquinhado?

Ou seja: na atividade administrativa situações iguais devem ser tratadas de maneira igual, não bastando apenas que a lei seja igual para todos, devendo ser aplicada do mesmo modo para as situações similares.

Luvizotto (2017), acerca dos precedentes e da garantia do tratamento igualitário assim se posiciona:

A consideração e o seguimento dos precedentes, como já pontuado pela doutrina, asseguram um tratamento igualitário a todas as pessoas

¹⁰⁸ A ofensa à igualdade em decorrência da proteção jurisdicional ocorre naquelas hipóteses em que se instala um descompasso entre a tutela judicial individualmente concedida e a previsão constitucional universalizada dos direitos fundamentais, que investe inúmeros cidadãos na titularidade da mesma posição jurídica que acaba sendo deduzida em juízo de forma singularizada. Como se sabe, o juiz só poderá condenar a Administração Pública a praticar as condutas que ela deveria, espontaneamente, ter realizado para fazer cumprir com as determinações constitucionais, legais e regulamentares. Não há dever jurídico de atuação estatal que nasça da decisão judicial. A obrigação de atuar pré-existe e o seu descumprimento rende ensejo à condenação pelo Judiciário, que se limita a reconhecer a sua exigibilidade jurídica e forçar o Estado a obedecê-la. Logo, a concessão jurisdicional de uma prestação administrativa isoladamente a um determinado indivíduo dirá respeito a um benefício que a Administração deveria, igualmente, fornecer a todos os demais cidadãos que titularizem o mesmo direito exigido na demanda individual. (HACHEM, 2014b, p. 228).

¹⁰⁹ Vide Ataliba (2004, p. 160): “Não teria sentido que os cidadãos se reunissem em república, erigissem um Estado, outorgassem a si mesmos uma Constituição, em termos republicanos, para consagrar instituições que tolerassem ou permitissem – seja de modo direto, seja indireto – a violação da igualdade fundamental, que foi o próprio postulado básico, condicional da ereção do regime.”

submetidas ao império da lei, concretizando a configuração material da igualdade (art. 5º, II da CF), de modo que o princípio da igualdade não mais se atém ao momento da criação da norma (restringindo a capacidade do legislador para realizar um tratamento diferenciado entre as pessoas), mas também ao momento de sua aplicação (restringindo a capacidade do juiz ou da Administração no momento em que reconhece direitos, impõe obrigações ou, de modo geral, resolve situações de incerteza juridicamente relevantes). A consideração da igualdade na aplicação da lei leva à necessidade de uma relação comparativa entre os elementos, coisas, direitos ou pessoas, entre o caso anterior e o caso que está em julgamento; o princípio da igualdade põe em comparação o caso precedente e o caso atual e impõe que se dê o mesmo tratamento quando os critérios relevantes eleitos como importantes para a decisão anterior forem semelhantes no caso atual. (LUVIZOTTO, 2017, p. 66).

Por isso a observância obrigatória, pela Administração Pública, dos precedentes do STF inclusive em sede de controle difuso¹¹⁰, é forma de garantia de igualdade na aplicação do Direito, sendo considerado, também, um direito fundamental¹¹¹.

Ainda, conforme observa Hachem (2014b, p. 220) “o princípio da igualdade serve como um parâmetro mandatório que força a Administração a tratar isonomicamente os cidadãos em qualquer situação, mesmo nas que não envolvem a tutela de direitos sociais”. Contudo, naquelas que envolvem a tutela de direitos sociais, tal dever é ainda maior, já que, conforme o autor, esses direitos têm como essência e razão de existir justamente a necessidade de se promover a igualdade entre os indivíduos, de tal forma que satisfazer desigualmente os direitos fundamentais sociais, criados justamente para reduzir as desigualdades, acaba por

¹¹⁰ V. Hachem (2014b, p. 228): “Como se sabe, o juiz só poderá condenar a Administração Pública a praticar as condutas que ela deveria, espontaneamente, ter realizado para fazer cumprir com as determinações constitucionais, legais e regulamentares. Não há dever jurídico de atuação estatal que nasça da decisão judicial. A obrigação de atuar pré-existe e o seu descumprimento rende ensejo à condenação pelo Judiciário, que se limita a reconhecer a sua exigibilidade jurídica e forçar o Estado a obedecê-la. Logo, a concessão jurisdicional de uma prestação administrativa isoladamente a um determinado indivíduo dirá respeito a um benefício que a Administração deveria, igualmente, fornecer a todos os demais cidadãos que titularizem o mesmo direito exigido na demanda individual”.

¹¹¹ Conforme Hachem (2014b, p. 220): “(i) Um dos fatores de maior destaque a ser considerado em termos de realização dos direitos fundamentais sociais – seja pela via administrativa ou judicial – é a observância do *princípio da igualdade*. Ele se apresenta como o verdadeiro fundamento para a consagração constitucional dos direitos sociais: é para que todos possam desfrutar de posições substancialmente igualitárias no âmbito da sociedade que as Constituições impõem aos Estados o dever de promover ações sociais interventivas, interferindo nas relações interprivadas para equiparar juridicamente os sujeitos hipossuficientes e ampliando o acesso dos marginalizados a bens e serviços econômicos, sociais e culturais. Por esse motivo, pretender implementar tais direitos de forma desigual e anti-isonômica significa incorrer em um disparatado contrassenso, o que acarreta o dever da Administração Pública de respeitar os seus precedentes favoráveis à concessão de direitos sociais aos cidadãos”.

aumentá-las. Além disso, a Administração Pública tem o dever de prestar tratamento isonômico aos particulares que estejam na mesma situação, sendo pernicioso que garanta a um o direito, e negue-o a outro, que esteja na mesma circunstância.

Nessa esteira, o próximo princípio a embasar a obrigatoriedade da vinculação da Administração Pública aos precedentes do STF é o da impessoalidade. Isso porque, segundo Juliana Luvizotto (2017, p. 66), “a razão para o uso de precedentes liga-se à ideia de um sistema jurídico imparcial que faz a mesma justiça a todos, independentemente de quem forem as partes do caso e de quem está julgando e isso não é avesso à tradição jurídica do *civil law*”.

Nas palavras da autora:

Num estado moderno, com muitos juízes e muitas cortes e uma hierarquia estruturada de recursos, as mesmas regras e soluções devem orientar a solução independente do juiz do caso. Deve-se evitar qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou corte para outro e, por isso, é válido e saudável a invocação de precedentes para demonstrar a viabilidade de uma determinada interpretação; os precedentes constituem indícios de que a resposta estatal proferida se adequa ao ordenamento como um todo e não é fragmentária, ultrapassando as questões e os precedentes antagônicos. Deste modo, pode-se dizer que a adoção e seguimento dos precedentes por parte dos órgãos de decisão liga-se à noção de um Estado que se pretende não arbitrário, coerente e que trate de modo igualitário os cidadãos que a ele estão submetidos, enfim, liga-se à noção de um Estado de Direito (LUVIZOTTO, 2017, p. 66).

Assim, a Administração Pública, quando trata os administrados de maneiras desiguais, fere o princípio da impessoalidade, causando, conseqüentemente, a desconfiança por parte da população e uma corrida às portas do judiciário.

O terceiro princípio que ampara a existência de eficácia vinculante das decisões do STF à Administração Pública é o da segurança jurídica. A proteção à segurança jurídica, para Barboza, é compatível com o modelo de direito como integridade proposto por Dworkin, devendo haver previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais. (BARBOZA, 2005, p. 9). Mas não só isso: a previsibilidade é obrigação, também, da Administração Pública, uma vez que “o princípio da segurança jurídica impõe que os atos administrativos sejam realizados sem surpresas, consubstanciados na certeza subjacente ao Direito que é aplicado”. (OLIVEIRA, 2016, p. 103).

Assim, em decorrência do princípio da segurança jurídica a Administração Pública deve observar as decisões que tornaram incontroversas as matérias de sua

competência, nos casos similares, especialmente em se tratando de decisão vinculante do STF, a fim de que se garanta a certeza e a estabilidade. Por fim, sobre o princípio da segurança jurídica, Carvalho (2016, e-book) assim explica:

Reforcemos que o princípio da segurança jurídica não se destina apenas a proteger os cidadãos contra enunciados normativos abstratos, através da obrigação de serem claros e compreensíveis, mas esta proteção se dá também contra mudanças de interpretação sobre determinada norma jurídica.

Daí porque a exigência de que a Administração Pública dê a mesma solução jurídica para casos substancialmente similares garante a efetividade do princípio da segurança jurídica. Conforme Barboza (2011, p. 22) “a segurança jurídica não está no texto da lei ou da Constituição, mas no direito como integridade”. Assim como o judiciário não pode deixar de observar as decisões anteriores, a Administração Pública não pode deixar de observar as decisões do Judiciário nas matérias que lhe digam respeito – já que se almeja a integração, inclusive, entre os Poderes.

O próximo princípio a ser observado quando se trata da matéria é o da boa-fé que deve servir de norte nas relações entre a Administração Pública e os Administrados, posto que na relação entre ambos “deve reinar comportamentos marcados pela sinceridade, lealdade, coerência, respeito ao próximo e, especialmente, pela confiança.” De tal forma que “todos os atos eivados de malícia, surpresas, obscuridade, desonestidade, devem ser, à luz deste princípio, energicamente repudiados”. (CARVALHO, 2016, e-book).

Por essa razão se o Supremo Tribunal Federal tiver decidido sobre determinada matéria de uma forma, deve a Administração se vincular ao que foi decidido pela Corte nos casos que apresentem similaridade, de maneira a não causar surpresa ao administrado, devendo, inclusive, caso veja motivos relevantes para não acatar a decisão vinculante, o fazer de forma justificada e em consonância com a boa-fé, em ato fundamentado, tendo em vista a necessidade de superação, se for o caso, do precedente do STF.

Isso porque o Direito não está engessado pelo precedente – mas deve ser pensado a partir da necessidade social. Disso decorre também o princípio da

eficiência¹¹², uma vez que a Administração Pública deve realizar as suas atribuições com rapidez e da melhor forma possível, sem descuidar do princípio da legalidade. O agir da Administração deve ter qualidade, a fim de evitar a busca do administrado pela solução judicial. Isso porque “a qualidade insatisfatória das decisões transfere ao Poder Judiciário a ineficiência da Administração Pública”. (CARVALHO, 2016, e-book). Por essa razão, a observância de precedentes pela Administração Pública é capaz de garantir a eficiência e a coerência na prestação da tutela administrativa, bem como, economia de recursos aos cofres públicos e a celeridade na prestação.

Por todo o exposto, é possível afirmar que a Administração Pública já teria o dever de observar os precedentes vinculantes, com base nos princípios supramencionados. Entretanto, para alguns, apenas isso não seria suficiente: em decorrência do princípio da legalidade, haveria a necessidade de lei que tornasse a vinculação da Administração obrigatória¹¹³.

Em atenção a essa corrente, apresenta-se as regras que servem como fundamento ao dever da Administração seguir os precedentes vinculantes exarados pelo STF.

Primeiramente, a obrigatoriedade da observância dos precedentes do STF em matéria de Direitos Fundamentais decorre do disposto no artigo 5º, § 1º¹¹⁴ da Constituição Federal de 1988, em que se garante a aplicabilidade imediata das

¹¹² “Outro fundamento, além do princípio da igualdade e de seus desdobramentos, que impõe o dever administrativo de respeito aos precedentes judiciais consiste no princípio da eficiência administrativa (art. 37, *caput*, CF). O não acatamento das posições do Judiciário pela Administração ofende o princípio constitucional da eficiência, pois ao continuar negando individualmente a concessão de direitos àqueles que não possuem uma sentença judicial favorável, a pretexto de estar defendendo o interesse “público [...]” (HACEM, 2014b, p. 230).

¹¹³ Vide, nesse sentido, Oliveira (2016, p. 133): “A inovação almejada pelo Código de Processo Civil de 2015, alterando a historicidade da jurisdição brasileira, baseada na tradição romano-canônica (SILVA, 1997) e na doutrina da separação dos poderes, tem a pretensão de trazer ao sistema jurisdicional, aos jurisdicionados, maior segurança jurídica nas suas relações, seja entre particulares, seja com o Estado. Dentro desse contexto, indaga-se se a administração pública tem o dever, ou apenas faculdade, de também seguir esse novel disciplinamento da jurisdição brasileira dos precedentes vinculantes. A problematização está na permanência ou não do paradigma da atuação administrativa com base no princípio da legalidade, como limitativo ou possibilitador da aplicação dos precedentes vinculantes na administração pública e, se possível, quais são os critérios, mecanismos e instrumentos para tanto. Ainda, impende realçar se além da legalidade, ínsita a atividade política do Poder Legislativo, se igualmente a interpretação do direito pelo Poder Judiciário, no exercício de atividade também política, mas jurisdicional, pode ser objeto de imputação dos atos do Poder Executivo e, em caso positivo, a forma de efetivação. São consequências de um processo institucional democrático e consensual, nos termos aludidos por Jürgen Habermas (2002; 2003a)”.

¹¹⁴ CF/88. Art. 5º. [...]

§ 1º – As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

normas veiculadoras de direitos e garantias fundamentais. Assim, a Administração Pública, por força constitucional, já deveria aplicar de ofício as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, em especial, quando o tema já for pacificado pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, a legislação infraconstitucional também exige da Administração Pública a vinculação às decisões judiciais, bem como a motivação de suas decisões.

Ainda, além dos já citados artigo 93, incisos IX e X da Constituição Federal, do artigo 489 do CPC/2015, merecem destaque a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e o Decreto Federal nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, que consolida normas a serem observadas pela administração pública em virtude de decisões judiciais, dispondo no artigo 1º que “As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração.” (BRASIL, 1997). Mais adiante, o Decreto assim diz:

Art. 2º. Firmada jurisprudência pelos Tribunais Superiores, a Advocacia-Geral da União expedirá súmula a respeito da matéria, cujo enunciado deve ser publicado no Diário Oficial da União, em conformidade com o disposto no artigo 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Por fim, o artigo terceiro, *verbis*: “Art. 3º. À vista das súmulas de que trata o artigo anterior, o Advogado-Geral da União poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais.” (BRASIL, 1997).

Nota-se, portanto, a preocupação do legislador em tornar o sistema jurídico-administrativo harmônico, de forma a manter a segurança jurídica e a própria coerência na efetivação da tutela dos Direitos. Embora pareça que a Administração está vinculada apenas e tão-somente aos seus próprios precedentes, essa ideia merece ser revista.

Nesse sentido, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, no artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII afirma que, nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada a aplicação retroativa de nova interpretação. Ou seja: a interpretação da norma deve

ser a mais favorável ao interesse público, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (CF, art. 5º, XXXVI).

Mais adiante, a Lei diz no artigo 50, que “os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos”¹¹⁵. Daí decorre o princípio da motivação¹¹⁶, aplicável, portanto, inclusive à Administração Pública, e não apenas ao Poder Judiciário.

Assim, a Constituição Federal exige a atuação eficiente da Administração Pública, a aplicação de ofício das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais e, desde 1999 (Lei nº 7.984), especialmente, o legislador ordinário vinculou expressamente as decisões da Administração Pública à jurisprudência, entendida como o conjunto de decisões, aplicações e interpretações das leis de um determinado Tribunal acerca de uma matéria.

Embora a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil, tenha trazido, já na década de 40, do século XX, a ideia de que o juiz deveria se valer dos costumes, na falta de lei específica, a legalidade estrita somente foi mitigada a partir da adoção da tese constitucional da vinculação abstrata, e, em decorrência da dicotomia legalidade *versus* constitucionalidade,

¹¹⁵ Importante transcrever a redação do artigo, tendo em vista que ele traz o fundamento legal da obrigatoriedade da vinculação da Administração Pública à jurisprudência:

“Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V – decidam recursos administrativos;

VI – decorram de reexame de ofício;

VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º – A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º – Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º – A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.”

¹¹⁶ O princípio da motivação das decisões está estampado na CF/88, artigo 93, inciso IX, sendo exigência do Estado de Direito. Assim, a Administração Pública deve demonstrar as razões que embasam as suas decisões, bem como seus motivos determinantes.

houve a aproximação entre os sistemas de *civil law*, adotado no Brasil, e *common law*, adotado em países como Estados Unidos e Inglaterra, conforme se tratou detalhadamente em capítulo anterior.

É importante relembrar que os conceitos de jurisprudência e de precedente, embora próximos, não são sinônimos. Segundo Cramer (2016, p. 72) “jurisprudência é substantivo coletivo, que designa o coletivo de decisões dos tribunais ou de um tribunal no mesmo sentido a respeito da mesma questão”. Já o precedente difere tanto de Súmula quanto de jurisprudência porque ainda que se trate de apenas uma decisão, ela é capaz de servir como Norte para a resolução de diversos casos semelhantes bem como, orientar os julgadores em razão de sua importância e grau de hierarquia. Perceba-se que até mesmo a Jurisprudência vincula, por força de lei, a Administração Pública, sendo que o que aqui se sugere é que a Administração Pública deve seguir, também, os Precedentes, pois *se se pode o mais, se pode o menos*: se deve seguir ‘jurisprudência’, conforme expressamente disposto em lei, tanto mais deve seguir ‘precedentes’, posto que estes vinculam tanto do Poder Executivo quanto o Poder Judiciário.

Quando a Administração Pública, protegida por uma falsa discricionariedade, deixa de cumprir o seu papel, e não garante a efetiva tutela administrativa do Direito, causa uma corrida ao Poder Judiciário, tendo em vista que, segundo o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, não se afastará da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou a ameaça ao Direito. Essa corrida se dá, na maioria das vezes, pelo ingresso de ações individuais, abarrotando-se o Judiciário. Frise-se que o processo administrativo está adstrito aos princípios gerais do processo, tais como devido processo legal, contraditório, ampla defesa e juiz natural; aos princípios de direito administrativo, especificamente à legalidade, à finalidade, à razoabilidade, à proporcionalidade, à motivação, à igualdade, à impessoalidade, à publicidade, à moralidade, à eficiência e à segurança jurídica; e aos princípios específicos de processo administrativo tais como o inquisitório, a oficialidade, a verdade material, a gratuidade e o informalismo.

Diante do exposto, resta demonstrada a necessidade de vinculação da Administração Pública aos precedentes do Supremo Tribunal Federal em matéria de direitos fundamentais como medida de garantia à segurança jurídica, à legalidade, à economia processual e, até mesmo, como medida de lealdade processual.

Além do estudo estatístico que teve a pretensão de evidenciar e comprovar a enorme litigiosidade envolvendo a Administração Pública, com a demonstração de quão perniciosa é essa litigiosidade para a democracia brasileira – já que causa enorme insegurança jurídica - , optou-se por demonstrar, também, não só a necessidade de a Administração Pública se vincular aos precedentes oriundos do STF, mas a possibilidade de o fazer sem ofensa ao princípio da legalidade, o que se faz a seguir, através do estudo de caso escolhido especialmente para confirmar as hipóteses lançadas.

4 ESTUDO DE CASO: A VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Levando-se em consideração que a Administração Pública é a porta para a tutela de direitos na esfera previdenciária, e que não se pode judicializar eventual conflito sem que haja o competente processo administrativo e o indeferimento na via administrativa, o caso escolhido está adstrito ao direito previdenciário, especialmente, tendo em vista que o INSS é um dos maiores litigantes do país.

4.1 A QUESTÃO DA AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE AMPARO ASSISTENCIAL AO IDOSO E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LOAS)

Sísifo, no Hades, tinha que rolar uma enorme pedra colina acima para, quase no topo, vê-la rolar colina abaixo e começar tudo de novo. No Brasil, o Poder Judiciário continua a desenvolver um verdadeiro trabalho de Sísifo, muito em razão da inefetividade administrativa, especialmente, da má aplicação da “discrecionariiedade administrativa”¹¹⁷ utilizada como escudo pela Administração Pública, que frequentemente não observa assuntos já pacificados em sede judicial, continuando a aplicar seu próprio entendimento, em detrimento da jurisprudência firmada e dos próprios precedentes dos Tribunais – mesmo quando se trate do Supremo Tribunal Federal.

O princípio da discrecionariiedade administrativa é uma margem de liberdade concedida à Administração para que essa possa garantir a concretização do interesse público mediante critérios de conveniência e oportunidade, mas não deve ser utilizado como pretexto para a adoção de medidas arbitrárias, especialmente no Estado Democrático de Direito. Para Abboud (2014, p. 222), inclusive, não existe

¹¹⁷ A Constituição portuguesa traz um artigo específico acerca dos princípios fundamentais e da subordinação da Administração Pública à Constituição:

“Artigo 266.º – (Princípios fundamentais).

1. A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da imparcialidade.”

diferença entre ato discricionário e ato arbitrário “exatamente por não admitirmos a utilização da discricionariedade para se solucionar questões jurídicas no Estado Constitucional” razão pela qual “se torna supérflua a diferenciação entre ela e a arbitrariedade, na medida em que ambas estão dissociadas do Direito”. Isso porque quando o Poder Público age de forma discricionária, não há a observação do constitucionalismo como superação do princípio da legalidade na esfera administrativa.

Assim, para ilustrar a necessidade de vinculação da Administração Pública aos precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) escolheu-se o estudo de caso. Tendo em vista que a Assistência Social é considerada Direito Fundamental, e levando-se em consideração a tutela Constitucional da matéria, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia responsável por garantir proteção aos cidadãos por meio do reconhecimento de direitos, com o objetivo de promover o bem-estar social, acaba por figurar como um dos maiores litigantes junto ao Poder Judiciário brasileiro¹¹⁸. Dentre os inúmeros casos que têm como parte a autarquia previdenciária, é comum a discussão acerca do benefício de amparo assistencial ao idoso e à pessoa com deficiência previsto na CF/88, artigo 203, inciso V e no artigo 20 da Lei nº 8.742/1993, que garante um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, independentemente de contribuição para o sistema da Previdência Social.

Para fazer jus ao benefício é necessário que o idoso ou o portador de deficiência que se encontre em situação de miserabilidade faça o pedido pela via administrativa, cabendo ao INSS a verificação de todos os requisitos legais, que, como veremos, não são poucos. No presente capítulo se fará a discussão da necessidade de adequação das decisões administrativas do INSS aos precedentes do STF no que concerne à aferição da miserabilidade, previsto no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993, vez que a enorme disparidade do entendimento da Administração Pública em vistas das decisões do STF produz insegurança jurídica

¹¹⁸ Segundo dados do CNJ, o Benefício Assistencial (art. 203, inc. V, CF/88) foi o quinto assunto mais demandado na Justiça Federal, com 189.901 ações, correspondendo a 3,77% das ações ajuizadas. (CNJ, 2016). A escolha do tema de Direito Previdenciário para o estudo de caso se deve ao fato de que o INSS é o maior litigante do país, segundo o CNJ. (CNJ/DPJ, 2011).

e uma enxurrada de ações, onerando o Judiciário e a máquina pública, bem como, colocando em risco a consecução dos direitos sociais constitucionalmente previstos.

Assim, no presente capítulo tem-se como principal objetivo demonstrar o atual posicionamento do STF no que se refere ao critério de concessão do benefício de amparo assistencial ao idoso e a pessoa com deficiência (LOAS), bem como, com base no que já foi estudado nos capítulos anteriores, analisar a necessidade de vinculação da Administração Pública (INSS) aos precedentes judiciais do STF, a mais alta corte, que atualmente se posiciona pela flexibilização dos critérios para aferição da condição de miserabilidade, especialmente previsto no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993.

Para tanto, será demonstrado que a Administração Pública não deve estar vinculada apenas e tão-somente à lei, e sim, também deve estar vinculada aos princípios constitucionais que fundamentam as decisões do STF – inclusive, sendo possível a utilização dos precedentes judiciais para fundamentar suas decisões em âmbito administrativo, sem ferir o princípio da legalidade administrativa.

Além disso, o estudo do caso concreto propõe que a vinculação do INSS aos precedentes do STF na matéria trará economia de enorme soma aos cofres públicos, tendo em vista que as negativas em âmbito administrativo – pautadas em uma legalidade restrita – produzem, repita-se, uma corrida ao judiciário, em razão da aludida disparidade de posicionamentos do INSS e do STF sobre os critérios de concessão do LOAS¹¹⁹. Ainda, essa prática pode poupar recursos humanos e financeiros despendidos com a manutenção da administração previdenciária, com a AGU e com o próprio Poder Judiciário¹²⁰. Mas não só isso: a vinculação do INSS aos precedentes do STF é meio de garantir a igualdade, a isonomia, e, em última análise, a efetividade dos direitos sociais.

¹¹⁹ No site do Tribunal Regional Federal da 4ª Região uma busca pelos julgados das Turmas Recursais, resulta em 24.945 processos em que se discute a “miserabilidade” para a concessão do Benefício da Prestação Continuada (BPC). (TRF4, [2018]).

¹²⁰ Segundo a Lei Orçamentária de 2018, estima-se a receita da União para o exercício financeiro de 2018 no montante de R\$ 3.575.230.380.469,00 (três trilhões, quinhentos e setenta e cinco bilhões, duzentos e trinta milhões, trezentos e oitenta mil, quatrocentos e sessenta e nove reais). O orçamento previsto para a educação é de 68,8 bilhões. Em 2018, o orçamento destina R\$ 60,8 bilhões aos órgãos da Justiça. Ou seja: o orçamento para a manutenção do Poder Judiciário aproxima-se ao orçamento da educação.

Para contextualizar o estudo, faz-se necessário tratar do surgimento de tal benefício, para posteriormente esmiuçar o entendimento atual do STF acerca da matéria, especialmente no que se refere ao polêmico critério de miserabilidade insculpido no artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/1993¹²¹. Daí porque é necessário compreender primeiramente o instituto em seu contexto histórico, bem como, sua relevância na consecução dos objetivos de proteção aos Direitos Humanos Fundamentais.

4.2 SEGURIDADE SOCIAL E O TRATAMENTO LEGAL DO BENEFÍCIO DE AMPARO ASSISTENCIAL AO IDOSO E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LOAS)

A Seguridade Social, entendida como Previdência Social, Saúde e Assistência Social dá bases à justiça distributiva e social, provedora de recursos que satisfarão o direito subjetivo de dignidade da pessoa humana. Há um propósito de oferecer além da previdência social, serviços de saúde, reabilitação, reeducação e bem-estar social (SAVARIS, 2014, p. 36-37). A seguridade social está inserida no Título VIII da Constituição Federal de 1988, dedicado à ordem social. Assim, a Constituição elevou o direito à proteção social como direito fundamental: não apenas porque insculpidos na Constituição, os direitos relativos à previdência, saúde e assistência social são considerados direitos sociais, sendo que dentro da assistência social, o benefício de amparo assistencial ao idoso e a pessoa com deficiência (LOAS), foi o objeto de pesquisa escolhido especificamente para ilustrar o tema, por ser matéria que gera enormes discussões nos tribunais.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu artigo 203, inciso V, a previsão de um benefício assistencial específico, garantindo um salário mínimo à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, cabendo ao legislador a tarefa de disciplinar a concessão do benefício assistencial. Trata-se, portanto, de norma de eficácia limitada, que dependia especificamente de norma reguladora, editada somente em 1993, com a publicação de Lei nº 8.742.

¹²¹ *In verbis*: “§ 3º – Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.”

Assim previu a Constituição Federal de 1988:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II – o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III – a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V – **a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.** (grifo nosso).

Historicamente, um dos tripés da Seguridade Social – a Assistência Social – foi visto, num primeiro momento, como mera forma de caridade, distribuição de benesses, de cunho clientelista, paternalista-estatal, estando ligada, inclusive, às ações de grupos religiosos para auxílio de pobres e desvalidos (PEREIRA, 1996, p. 99-100). Surgiu, portanto, não como forma de proteção e amparo social efetivo, nem tinha como perspectiva a seguridade social. Isso, infelizmente, se reflete até os dias atuais. Note-se que mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, a primeira redação Lei Orgânica da Assistência Social foi vetada pelo Congresso Nacional em 1990, sendo que apenas no ano de 1993 houve a efetiva aprovação da Lei Orgânica da Assistência Social (Projeto de Lei de nº 3099/89; Lei nº 8.742/1993): repita-se que foi apenas em 1993, com a edição da Lei Orgânica da Assistência Social, que o sistema brasileiro passou a considerar a proteção aos desempregados e aos que estavam fora do mercado formal de trabalho, como Política Pública. Entretanto, apenas em 2004 foi aprovada a primeira Política Nacional de Assistência Social (PNAS/2004). Ou seja: o Brasil ainda engatinha no que se refere à proteção aos direitos sociais, mormente aqueles decorrentes da Assistência Social.

Fazendo um breve comparativo com países como França e Espanha¹²², é possível perceber que lá foram criados sistemas públicos de proteção mais amplos, enquanto que em países menos desenvolvidos, como o Brasil, optou-se por separar a proteção social em dois grupos: a assistência social aos pobres, e a previdência social àqueles que podem efetivamente contribuir para o sistema. Tanto é assim que a previdência social funciona efetivamente como uma espécie de seguro: não são

¹²² Por opção metodológica, não será feito estudo comparativo aprofundado.

raros os casos de trabalhadores que, acometidos pelo infortúnio da doença ou do desemprego, se veem desamparados porque lhes escorreu pelos dedos a areia do tempo, perdendo a qualidade de segurados, restando sem proteção mesmo quando contribuíram por quase toda uma vida para o atual sistema. Por outro lado, a Lei não é eficaz o suficiente para barrar o recebimento de benefícios assistenciais a pessoas que deles não necessitam, e os requisitos para a concessão de benefícios como Bolsa-Família e amparo assistencial aos idosos e às pessoas com deficiência não garantem justiça social.

Conforme veremos a seguir, a redação do artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/1993 é, nesse contexto, a responsável pelas maiores polêmicas no que se refere à concessão desse benefício, vez que ela assim dispõe:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

[...]

§ 3º – **Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.** (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011) (grifo nosso).

Trata-se aqui do critério de miserabilidade que, juntamente com os demais critérios definidos em lei (idade mínima; quem pode ser considerado portador de deficiência ou portador de necessidades especiais; quem são os componentes do grupo familiar), define aqueles que têm direito ao benefício popularmente conhecido como 'LOAS'. Assim, além do critério da miserabilidade, temos o requisito da idade mínima, que, com a entrada em vigor do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) e da Lei nº 12.435/2011, atualizou o artigo 20 da Lei nº 8.742/1993, sendo atualmente de 65 anos. Entretanto, o critério de idade foi alterado outras duas vezes, sendo de 70 anos entre 01/01/1996 a 31/12/1997, com a redação original da Lei nº 8.742/1993, e de 67 anos entre 01/01/1998 e 31/12/2003, em razão da Lei nº 9.720/1998.

Já para o legislador definir quem é o portador de deficiência ou necessidades especiais, o critério foi estampado no § 2º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993, com

redação dada pela Lei nº 12.470/2011, considerando-se impedimento de longo prazo aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de dois anos¹²³.

Além disso, nos termos do § 6º, a concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de incapacidade, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional do Seguro Social. Ainda, a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (TNU) já editou súmula a esse respeito, nos seguintes termos:

Para os efeitos do artigo 20, § 2º, da Lei nº 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento. (Súmula 29 – TNU).

Bem como, a própria Advocacia-Geral da União tem posicionamento em Súmula, de nº 30, segundo a qual “A incapacidade para prover a própria subsistência por meio do trabalho é suficiente para a caracterização da incapacidade para a vida independente”. É pacífico, portanto, que a deficiência que impossibilita a pessoa para o trabalho é suficiente para fins de concessão do benefício assistencial.

Por fim, acerca da composição do grupo familiar para realização do cálculo da renda *per capita*, de ¼ do salário mínimo, o § 1º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993 determina que a família é composta “pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, *desde que vivam sob o mesmo teto*”. (grifei).

Nota-se, portanto, que o INSS tem critérios bastante rígidos e específicos para a concessão do benefício assistencial, sendo que, no presente capítulo, se atentarão especificamente ao critério da miserabilidade previsto no § 3º, segundo o

¹²³ Lei nº 8.742/1993. Art. 20. [...]

§ 2º – Para efeito de concessão deste benefício, considera-se: (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011).

I – pessoa com **deficiência**: aquela que tem **impedimentos de longo prazo** de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas; (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011).

II – impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011).

qual a renda mensal *per capita* do grupo familiar seja inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário-mínimo. Isso porque o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou em mais de uma oportunidade sobre esse critério, promovendo a sua flexibilização, em completa dissonância ao entendimento da Autarquia Previdenciária, que é absolutamente apegada ao critério da renda, sem levar em contas outras formas de aferição da miserabilidade do idoso ou da pessoa portadora de deficiência, numa interpretação absolutamente legalista.

Conforme já ressaltado, a grande questão quanto à efetivação dos direitos fundamentais sociais para aqueles que dependem da assistência social não se restringe à mera existência e aplicação da norma. De fato, a interpretação administrativa e a interpretação judicial da norma, bem como a sua aplicação em casos semelhantes, no Brasil, não é uniforme, existindo diversos pedidos de uniformização de interpretação de lei federal¹²⁴.

Na seara da Assistência Social, a norma deve ser interpretada em consonância com os princípios de Direitos Humanos, tendo em vista a necessidade de consecução dos direitos fundamentais ao mínimo existencial. Nesse sentido, Estefânia Barboza (2014, p. 20) afirma que “na última década, no Brasil, o Direito Constitucional tem deixado para trás o positivismo jurídico, para buscar um direito material principiológico que tem como supremacia os direitos humanos fundamentais”. Segundo a autora:

[...] se passa a uma nova referência de decisões não mais baseadas apenas no direito escrito, mas em elementos extrajurídicos, na medida em que se assume que o texto constitucional tem conteúdo moral, aproximando o direito da ética. Nessa dimensão é necessária uma leitura moral da Constituição, o que não significa desprezar o direito posto, nem buscar categorias metafísicas para a sua justificação. (BARBOZA, 2014, p. 20).

Assim, para se ter ideia da gravidade do atual quadro acerca da interpretação divergente da Administração e do Judiciário na matéria, as concessões judiciais de benefícios da previdência e seguridade ultrapassam 10% (INSS, 2014) do total de concessões implantadas pela autarquia previdenciária e a autarquia previdenciária é a maior litigante da Justiça Federal (34,35% das demandas)

¹²⁴ Importante refletir que mesmo com a grande quantidade de demandas contra o INSS, muitos não procuram seus direitos pela via judicial, contentando-se com a resposta negativa em sede administrativa, em grande parte, por desconhecer os próprios direitos.

(CNJ/DPJ, 2012). Esses números assustam. O quadro é ainda mais grave se levarmos em consideração que as decisões administrativas do Conselho de Recursos da Previdência Social e judiciais dos Tribunais Superiores Federais não se vinculam (HACHEM, 2014b, p. 229).

Entretanto, o que aqui se defende é a premente necessidade de promover a efetiva vinculação da Administração Pública aos precedentes do Supremo Tribunal Federal em matéria de Direitos Fundamentais. Conforme a Lei Orgânica da Assistência Social, ela é dever do Estado, que, por meio de uma política de seguridade social *não contributiva*, deve prover os mínimos sociais através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas (art. 1º, Lei nº 8.742/1993). Entretanto, a disparidade de entendimentos acerca do tema em âmbito administrativo e judicial traz à baila a questão dos precedentes e a necessidade de adequação da interpretação da lei aos princípios inerentes aos Direitos Humanos.

É certo que a seguridade social adota o princípio da solidariedade como base, mas a legislação atual, confusa e desfigurada por caóticas alterações, não garante proteção efetiva aos direitos fundamentais e humanos, tornando o sistema desigual e inefetivo, mormente se levarmos em conta as desigualdades regionais inerentes ao Brasil. De uma legislação caótica, surgem entendimentos dos mais variados, em âmbito administrativo e judicial, acerca de casos muitíssimo semelhantes, o que gera insegurança jurídica. Logicamente, esse quadro fez bater às portas do STF discussões sobre a inconstitucionalidade do artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/1993, bem como, acerca da flexibilização do entendimento sobre os critérios de aferição da miserabilidade. Mesmo após a solidificação jurisprudencial nos Tribunais e até mesmo após decisões precedentes do STF acerca da matéria, não param de chegar ao judiciário ações em que se discute a forma de comprovação da miserabilidade, bem como, acerca da constitucionalidade dos critérios para concessão do benefício popularmente conhecido como LOAS. Isso porque o INSS adota o critério objetivo de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo *per capita*, sem dar margem a qualquer outra prova da miserabilidade aludida no artigo 203, V, da Constituição.

A questão da constitucionalidade do critério de miserabilidade previsto no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993 passou a ser objeto de discussão jurisprudencial, culminando com a impetração da Ação Direta de

Inconstitucionalidade 1.232/DF, que questionava justamente a constitucionalidade do citado § 3º. Em 1998 o Supremo Tribunal Federal se posicionou pela constitucionalidade do dispositivo, conforme a seguir:

ADIN 1232/DF. CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO A PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.” (ADIN- 1232-1/DF – Tribunal Pleno – Julg. 27.08.1998 – DJ 01.6.2001 – Min. Ilmar Galvão e para o acórdão Min. Nelson Jobim).

Entretanto, embora o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal na ADIn 1.232/DF tenha determinado o entendimento da obrigatoriedade de observância do requisito de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo *per capita* para concessão do benefício assistencial, a celeuma não se resolveu nos tribunais inferiores. Tanto é assim que no ano de 2013 houve o julgamento dos Recursos Extraordinários nº 567.985 e 580.963, e da Reclamação 4.374¹²⁵, em que o Supremo Tribunal Federal reviu seu próprio

¹²⁵ STF. Plenário. Reclamação 4.374/PE. Rel.: Min. GILMAR MENDES. 18/4/2013, maioria. DJe 173, 3 set. 2013: **Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição.** A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo fosse concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovassem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

2. Art. 20, § 3º da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232.

Dispõe o artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo 20, § 3º, da LOAS.

3. Reclamação como instrumento de (re)interpretação da decisão proferida em controle de constitucionalidade abstrato. Preliminarmente, arguido o prejuízo da reclamação, em virtude do prévio julgamento dos Recursos Extraordinários 580.963 e 567.985, o Tribunal, por maioria de votos, conheceu da reclamação. O STF, no exercício da competência geral de fiscalizar a compatibilidade formal e material de qualquer ato normativo com a Constituição, pode declarar a inconstitucionalidade, incidentalmente, de normas tidas como fundamento da decisão ou do ato que é impugnado na reclamação. Isso decorre da própria competência atribuída ao STF para exercer o denominado controle difuso da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. A oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações. É no juízo hermenêutico típico da reclamação – no “balancear de olhos” entre objeto e parâmetro da reclamação – que surgirá com maior nitidez a oportunidade para evolução interpretativa no

posicionamento, entendendo pela inconstitucionalidade do requisito de miserabilidade de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo *per capita* previsto no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993.

O STF se apoiou em critérios políticos, econômicos e sociais para rever seu posicionamento, especialmente tendo em vista a criação de novas leis instituindo outros benefícios sociais, com critérios mais elásticos¹²⁶. Assim, ainda que o Supremo tenha se manifestado anteriormente na ADIN 1.242/DF pela constitucionalidade do § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993, no que toca à exigência de renda *per capita* de um quarto do salário mínimo, a evolução social e legislativa trouxe novamente a questão às portas da Corte, sendo necessário levar em consideração decisões em sentido contrário que garantiam a utilização de outras maneiras para aferição da miserabilidade do cidadão para fim de concessão do benefício LOAS.

Hoje, portanto, o STF entende pela adoção de critérios diversos para aferição da miserabilidade, em especial, conforme expresso no Recurso Extraordinário 580.963, em que o Supremo passa a defender a inconstitucionalidade do dispositivo em comento, tendo em vista as enormes mudanças fáticas e jurídicas,

controle de constitucionalidade. Com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão. E, inclusive, poderá ir além, superando total ou parcialmente a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição.

4. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar *per capita* estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. **Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso a Alimentação; a Lei 10.219/2001, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/1997, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).**

5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.

6. Reclamação constitucional julgada improcedente.

¹²⁶ Tais como o bolsa família, bolsa escola, etc.

sendo, portanto, necessário rever o entendimento da Corte no julgamento da ADIN 1242/DF.

Ainda, com o julgamento do Recurso Extraordinário 567.985-3¹²⁷, o STF declarou a inconstitucionalidade *incidenter tatum* do disposto no artigo 20, § 3º, da

¹²⁷ Recurso Extraordinário 567.985 – LEADING CASE

STF. Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Idoso. Deficiente físico. Seguridade social. Assistência social. Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. CF/88, art. 203, V. Lei nº 8.742/1993, art. 20, § 3º. Lei nº 9.533/1997. Lei nº 10.219/2001. Lei nº 10.689/2003. Lei nº 10.741/2003, art. 34, parágrafo único (declaração, *incidenter tatum*, da inconstitucionalidade do parágrafo único). Lei nº 10.836/2004. CF/88, art. 102, III e § 3º. Lei nº 8.038/1990, art. 26. CPC, art. 543-A.

«A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da CF/88, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

2. Art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232.

Dispõe o artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993 que:

O requisito financeiro estabelecido pela Lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente.

Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo 20, § 3º, da LOAS.

3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei nº 8.742/1993.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar *per capita* estabelecido pela LOAS.

Como a Lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes.

Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei nº 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei nº 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei nº 10.219/2001, que criou o Bolsa Escola; a Lei nº 9.533/1997, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas.

O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos.

Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais).

4. A inconstitucionalidade por omissão parcial do artigo 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/2003.

O Estatuto do Idoso dispõe, no artigo 34, parágrafo único, que o benefício assistencial já concedido a qualquer membro da família não será computado para fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a LOAS.

Não exclusão dos benefícios assistenciais recebidos por deficientes e de previdenciários, no valor de até um salário mínimo, percebido por idosos.

Inexistência de justificativa plausível para discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo.

Lei nº 8.742/1993, ou seja, promoveu a flexibilização do critério de ¼ do salário mínimo *per capita*, permitindo que os juízes possam avaliar, de acordo com os casos concretos, outros critérios ou meios de prova para comprovar a existência do requisito de miserabilidade.

Diante do exposto, o entendimento do STF, consubstanciado em fortes precedentes suprarrelacionados, afasta o requisito de ¼ da renda *per capita* como maneira única de atestar a condição de miserabilidade do cidadão que pretende a concessão do benefício assistencial LOAS, posto que tal critério não é o absoluto ou indiscutível para aferição da condição de miserabilidade, sendo possível a comprovação por meios diversos.

Assim, é possível afirmar que a Administração Pública ignora, nos casos em comento, não só o entendimento consolidado pela jurisprudência dos Tribunais, que foi construída com base em reiterados julgamentos de casos análogos, mas também ignora os próprios precedentes exarados pela Corte Constitucional, inclusive em sede de Reclamação.

Entretanto, é perfeitamente possível que a Administração Pública se adeque ao entendimento consolidado, tal como ocorreu, por exemplo, quando do reconhecimento pelo STF¹²⁸ da união homoafetiva como entidade familiar, no ano de 2011. Na esfera administrativa, já em 2006, o INSS regulamentou, por meio de Instrução Normativa (45/2006), os procedimentos que deveriam ser adotados para a concessão de benefício aos companheiros do mesmo sexo, em cumprimento à determinação judicial feita na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0. Em 2010, o Ministro de Estado da Previdência social baixou a Portaria nº 513, estabelecendo que, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, os dispositivos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que tratam de dependentes para fins previdenciários deveriam ser interpretados de forma a abranger a união estável entre

Omissão parcial inconstitucional.

5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do artigo 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/2003.

6. Recurso extraordinário a que se nega provimento.»

(STF – Rec. Ext. 580.963/2013 – PR – Rel.: Min. Gilmar Mendes – J. em 18/04/2013 – DJ 14/11/2013 – Doc. LEGJUR 141.1961.8000.0300).

¹²⁸ Ao julgarem a ADIn 4277 e a ADPF 132, ministros reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. Ações foram ajuizadas, respectivamente, pela PGR e pelo governo do Rio de Janeiro.

peessoas do mesmo sexo. Contudo, apenas com a Instrução Normativa do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS nº 61 de 23.11.2012, que alterou a IN nº 45/2010 (atualmente revogada pela IN nº 77/2015), é que houve a correta adequação da autarquia ao posicionamento da Corte, que, inclusive, havia editado a sua própria Instrução Normativa (IN/STF nº 126/2011) dispondo sobre os procedimentos para reconhecimento da união estável no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em setembro de 2011.

Nota-se, portanto, que a Administração Pública, no caso do reconhecimento da união estável homoafetiva, teve um olhar mais cuidadoso com a matéria após as decisões do STF, procurando adequar os seus atos administrativos ao entendimento exarado pela Corte, ou seja, vinculando-se ao que foi decidido em sede de ADIn e de ADPF. Daí porque será analisada a possibilidade da mesma conduta no caso concreto escolhido.

4.3 POSSIBILIDADE DE VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO AO ENTENDIMENTO PACIFICADO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA A AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE

Embora os precedentes transcritos venham servindo para embasar reiteradamente as decisões dos tribunais inferiores no mesmo sentido, especialmente do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais¹²⁹, a Administração Pública, ainda que faça um hercúleo trabalho de aferição de todos os requisitos previstos na legislação (já expostos anteriormente), não se adequa a essa interpretação de que o critério de miserabilidade não precisa necessariamente utilizar o único parâmetro de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo *per capita*, podendo ser constatado caso a caso, conforme outros critérios sociais e legais, tais como a comprovação das condições socioeconômicas do autor por laudo de assistente social, vez que nos pedidos administrativos feitos junto à Autarquia já é praxe a participação de assistente social e a confecção do respectivo laudo. Ora, se a Administração Pública, de acordo com a Lei nº 9.784/1999, artigo 50, deve motivar

¹²⁹ A brevidade do estudo não comporta a discussão da jurisprudência que se formou em torno do assunto, mas chamamos a atenção do leitor para o pedido de uniformização de interpretação de lei federal PEDILEF 05037758420124058013 (TNU).

suas decisões com escopo em jurisprudência e laudos, não há razão para não os utilizar para embasar a concessão do benefício de amparo assistencial, mormente quando comprovado por outros meios legalmente previstos a miserabilidade da família.

Esse agir da Administração Pública traz um alto custo aos cofres públicos, bem como, gera um excesso de demandas judiciais, daí porque se defende a possibilidade de adequação das decisões proferidas em âmbito administrativo do INSS (Instituto Nacional do Seguro Social) aos precedentes do Supremo Tribunal Federal, a fim de que a miserabilidade seja constatada por outros critérios legais e sociais. Isso porque essa mudança de postura por parte a Autarquia Previdenciária, não trará qualquer custo extra, ou necessidade de grandes mudanças de procedimentos, vez que já é feito estudo social e econômico nos próprios processos administrativos, bastando ao INSS expandir a análise dos casos concretos, utilizando-se de outros critérios idôneos de aferição da miserabilidade, no próprio laudo social.

Tanto é assim, e tão pacífico é o entendimento de que o critério de $\frac{1}{4}$ da renda não é única forma de aferição da miserabilidade, que a própria Advocacia-Geral da União possui Instrução Normativa¹³⁰ (nº 4/2014) no sentido de autorizar os seus Procuradores Federais que atuam como representantes do INSS a desistir ou não recorrer de decisões que aferem a miserabilidade do indivíduo por outros meios, que não o critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo *per capita*.

Daí porque o atual agir da Autarquia Previdenciária, ao não vincular as suas decisões aos precedentes do STF na matéria aqui tratada, fere os princípios da

¹³⁰ Essa é a redação da Instrução Normativa: “Tendo em vista o que consta no Processo nº 00407.003202/2013-63, e Considerando o acórdão proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nos termos do artigo 543-B do Código de Processo Civil, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 567.985, que declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993, sem pronúncia de nulidade, bem como a jurisprudência iterativa do Superior Tribunal de Justiça, edita a seguinte instrução, a ser observada pelos Procuradores Federais na representação judicial do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS:

Art. 1º. Fica autorizada a desistência e a não interposição de recursos das decisões judiciais que determinem a concessão do benefício previsto no artigo 20 da Lei nº 8.742/1993 utilizando como fundamento único a comprovação da miserabilidade por outros meios além do requisito objetivo previsto no parágrafo 3º do mencionado dispositivo legal.

§ 1º – O disposto neste artigo não se aplica aos casos em que a decisão judicial estabelecer outro critério abstrato para a aferição da miserabilidade, como, por exemplo, a majoração da renda *per capita* do grupo familiar para $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo, mediante aplicação analógica das Leis nº 9.533, de 10 de dezembro de 1997, e nº 10.689, de 13 de julho de 2003”.

igualdade e da segurança jurídica, na medida em que ao permitir tratamento desigual entre os cidadãos, empurra-os às portas do judiciário. Levando-se em consideração a necessidade de se reduzir a judicialização dos conflitos administrativos, a atual postura do INSS fere inclusive o princípio da isonomia, vez que apenas os cidadãos que acionam o Poder Judiciário poderão ter reconhecido o direito de aferição de miserabilidade por critérios diversos e já pacíficos, em detrimento daqueles que se submetem à falta de eficiência do próprio INSS.

Indo mais além, a falta de tratamento isonômico acaba por promover não só uma corrida que custa demasiadamente caro aos cofres públicos, causando inclusive o travamento da máquina judiciária, mas também suscita enorme insegurança jurídica, fomentando a incerteza e instabilidade, na medida em que contribui para o desrespeito aos direitos sociais constitucionalmente tutelados, ferindo a própria dignidade humana, vez que impede os cidadãos hipossuficientes de ter garantido pelo Estado o mínimo existencial.

Diante do exposto, restou evidenciado que o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca de aferição da miserabilidade, previsto no artigo 203, inciso V da Constituição Federal, não fica adstrito a um critério único estabelecido na Lei nº 8.742/1993, artigo 20, § 3º, vez que a redação da norma que prevê objetivamente o patamar de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo *per capita* foi mitigado, tendo em vista inúmeras alterações legislativas e novos posicionamentos decorrentes de notórias mudanças políticas, econômicas e sociais e jurídicas, em especial, a edição de novas leis que elasteceram os critérios para concessão de benefícios assistenciais, tais como bolsa família, bolsa escola, dentre outros. Assim, os tribunais já têm se amparado em outros critérios, inclusive com a realização de estudo socioeconômico.

Tanto é assim, que os Procuradores Federais já têm corroborado com os precedentes do STF, não recorrendo das decisões em que há a efetiva comprovação da miserabilidade por outros meios de prova. Entretanto, apesar da atuação dos Procuradores, o excesso de litigiosidade nessa questão continua a emperrar o judiciário, trazendo um alto custo não apenas financeiro, como ressaltado anteriormente, mas também social. É necessário, portanto, que o INSS readéque os seus procedimentos, devendo ser analisadas as condições sociais da parte-requerente do benefício assistencial, tal qual ocorre quando da aferição dos demais

requisitos previstos em lei. Isso, em última análise, corrobora com o disposto no artigo 3º da CF/88¹³¹, tendo em vista que os objetivos fundamentais da República consagram a necessidade de erradicação da pobreza e da marginalização, bem como, primam pela construção de uma sociedade justa e igualitária.

O que se sugere com o estudo de caso realizado nesse momento da pesquisa é que o Instituto Nacional do Seguro Social passe a considerar na análise dos casos concretos, quando da confecção dos laudos socioeconômicos pelos assistentes sociais, critérios diversos para a aferição da condição de miserabilidade do idoso ou do deficiente, mormente, porque a Administração Pública já realiza o estudo das condições sociais e econômicas daquele que pretende a concessão do benefício assistencial, bastando à Autarquia que se adeque aos precedentes judiciais do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria, adotando protocolos específicos capazes de permitir a aferição da hipossuficiência econômica já em sede administrativa.

Diante do exposto, o estudo do caso concreto proposto demonstra que não é impossível à Administração Pública se vincular a precedentes judiciais, com a observância da *ratio* das decisões. Em especial, quando se trata de tutela de Direitos Fundamentais Sociais e os precedentes demandem da própria Corte Constitucional Brasileira. Para os mais céticos, demonstrou-se que a obrigatoriedade da vinculação da Administração Pública à jurisprudência decorre de Lei Ordinária e da própria Constituição Federal, bem como, que o respeito ao entendimento jurisprudencial, em especial aos precedentes do STF, não causa o engessamento do Poder Judiciário – vez que não se deixará de tutelar judicialmente a lesão ou a ameaça ao Direito – havendo possibilidade de alteração do próprio precedente em decorrência da evolução social e legislativa, como o ocorrido no caso concreto exposto, em que o próprio STF reviu seu posicionamento da ADIn 1.232/DF, com a adoção de nova *ratio* na Reclamação 4.374.

Explica-se:

¹³¹ CF/88. Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Conforme visto, o Supremo Tribunal Federal, em 2013, julgou a Reclamação 4.734, redefinindo o efeito vinculante de suas decisões, tendo em vista que permitiu que uma norma anteriormente declarada constitucional fosse, posteriormente, declarada inconstitucional, em decorrência da própria evolução legislativa e do Direito. Assim, no caso concreto apresentado, tratou-se do artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993 (Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS), que na redação original assim dispõe: “Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo”. Repise-se que esse dispositivo regulamente o benefício mensal de um salário mínimo às pessoas com deficiência e aos idosos, previsto no artigo 203, V, da Constituição da República protegendo aqueles que não possuem meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Num primeiro momento o STF julgou, em agosto de 1998, improcedente, por maioria, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232. Na oportunidade, o STF confirmou que o requisito de renda familiar *per capita* estabelecido pela lei estava em consonância com a Constituição. De tal forma que o efeito vinculante dessa decisão impediria que o parâmetro legal fosse afastado, havendo a necessidade de comprovar a miserabilidade nos termos legais para a concessão do benefício assistencial.

Entretanto, com o passar do tempo o Judiciário continuou aceitando outras formas de comprovação da miserabilidade, até porque o STF não proibiu a adoção de critérios diversos, mas apenas declarou a constitucionalidade do requisito objetivo, bem como, continuou afastando o critério único e objetivo da Lei nº 8.742/1993, analisando caso a caso, enquanto eram editadas leis com critérios de renda mais favoráveis para a concessão de benefícios assistenciais¹³². Assim, conforme informa Maués (2016, p. 443), o STF concluiu que houve um “processo de inconstitucionalização” da norma contida no artigo 20, § 3º, da LOAS, decorrente de “mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de

¹³² Tais como a Lei nº 9.533/1997, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas; a Lei nº 10.219/2001, que criou o Bolsa Escola; a Lei nº 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei nº 10.836/2004, que criou o Bolsa Família. (MAUÉS, 2016).

concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro)”. Conclui o autor que “ao fazê-lo, o STF também reconheceu que as reclamações constitucionais permitem a “reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas”, uma vez que nelas se dá a “oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade”.”.

Tal caso ilustra o que defende Barroso (2012, p. 145), para quem “a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei em ação direta reveste-se de autoridade de coisa julgada”, com sua eficácia vinculativa para todos os órgãos judiciais, inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal. Entretanto, para o autor,

[...] a decisão que julga improcedente o pedido — e, conseqüentemente, declara a constitucionalidade da lei ou ato normativo — produz apenas efeito vinculante, subordinando todos os demais tribunais, mas não o próprio Supremo Tribunal Federal, que poderá revê-la se assim lhe aprouver. (BARROSO, 2012, p. 145).

Percebe-se que os tribunais inferiores, ao decidirem pela inconstitucionalidade do quesito legal insculpido no artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993, não desrespeitaram um precedente do Supremo Tribunal Federal porque estavam se utilizando de outra *ratio decidendi*, que não aquela do STF exarada na ADIn em 1998, posto que a mesma já não era compatível com a legislação mais atual que vinha sendo editada desde 1997 e ainda mais nos anos 2000. A repercussão geral foi reconhecida no Recurso Extraordinário nº 567.958, em que se discutiu a constitucionalidade do critério objetivo de renda e aferição da miserabilidade para a concessão do LOAS, tendo o STF decidido, naquela oportunidade, pela declaração de inconstitucionalidade parcial, o que, por se tratar de decisão em Recurso Extraordinário com repercussão geral, teve efeito multiplicador. Ocorre que, tendo em vista que o INSS não acatou o entendimento da Corte, continuando a abarrotar o Judiciário com novas ações versando sobre a matéria, foi necessária a impetração de Reclamação, de nº 4.374, como instrumento de (re)interpretação da decisão proferida em controle de constitucionalidade abstrato. Preliminarmente, arguido o prejuízo da reclamação, em virtude do prévio julgamento dos recursos extraordinários 580.963 e 567.985, o Tribunal, por maioria de votos, conheceu da reclamação. Assim, o STF, por meio do relator da Reclamação 4.374, Gilmar Mendes, reviu o próprio posicionamento.

Por todo o exposto, restou demonstrado ser não apenas possível, mas também obrigatória a observância da Administração Pública aos precedentes exarados pelo Supremo Tribunal Federal, como medida de proteção aos Direitos Fundamentais, bem como, para a consecução dos objetivos da República e da própria Democracia, na medida em que tal vinculação garante a igualdade e justiça enquanto princípios democráticos, e, em última análise, garante a Dignidade da Pessoa Humana.

5 CONCLUSÃO

Apesar das críticas à obrigatoriedade de vinculação da Administração Pública aos precedentes do STF em matéria de Direitos Fundamentais, e, até mesmo, ao sistema de precedentes que se desenvolveu no Brasil ao longo dos anos, e que culminou com a nova redação de diversos artigos que conferem tratamento privilegiado ao tema no Código de Processo Civil de 2015, a doutrina do *stare decisis* está amplamente arraigada no sistema jurídico brasileiro, tendo havido a aproximação dos sistemas do *civil law* e do *common law*. De qualquer forma, os sistemas sofreram influências recíprocas, não estando desconectados: o sistema do *common law* também se embasa em Lei, assim como o *civil law* também se utiliza de precedentes, havendo a preocupação com a segurança jurídica e a coerência das decisões em ambos os sistemas.

Como a lei nem sempre é suficiente, sendo comum haver divergência na apreciação de seu significado, há hoje o protagonismo do Poder Judiciário na interpretação legislativa e no controle dos atos do Executivo. Nessa toada, o papel da jurisdição constitucional (*judicial review*) na proteção aos Direitos Fundamentais e sociais ganhou ainda mais relevância, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal acaba sendo o principal responsável tanto para realizar a interpretação das normas abstratas que necessitam ser concretizadas, quanto para a proteção dos preceitos constitucionais, Direitos Fundamentais e Direitos Sociais. Embora não seja correto dizer que a Corte tem a palavra final na interpretação da norma, tendo em vista a necessidade de diálogo entre os Poderes e o povo, suas decisões, pela própria natureza, devem ser observadas, e seus precedentes, seguidos, sempre com observância da racionalidade das decisões, para a garantia do tratamento isonômico entre os cidadãos, e da previsibilidade das respostas estatais.

Contudo, não basta que o Poder Judiciário se preocupe com isonomia, coerência e igualdade: a Administração Pública precisa tomar para si a responsabilidade de também não permitir a aplicação desigual do Direito em situações substancialmente similares, assumindo coerentemente o seu papel no Estado Democrático de Direito. Uma das maneiras de garantir tal igualdade e segurança jurídica é, justamente, a observância aos precedentes oriundos do STF.

As críticas ao atual tratamento jurídico dado aos precedentes giram em torno de três pontos principais:

- ❖ Engessamento do Poder Judiciário;
- ❖ Diminuição artificial do número de processos, com dificuldade do acesso à Justiça garantido constitucionalmente;
- ❖ Ofensa à divisão dos Poderes.

Frise-se que a adoção dos precedentes não engessa o judiciário, tendo em vista a existência de formas de alteração do precedente pela técnica da superação, havendo, em realidade, a promoção de maior coerência nas decisões, bem como, de maior racionalidade no julgamento das lides, com a alteração mais lenta e melhor pensada dos entendimentos nos Tribunais. Assim, o que ocorre não é a diminuição artificial do número de processos e o cerceamento do acesso à Justiça – pelo contrário – o acesso ao Judiciário é amplamente garantido, sendo o precedente utilizado de maneira a garantir tratamento igualitário aos jurisdicionados, bem como, para preservar a segurança jurídica. Além disso, a adoção de precedentes realmente causará a diminuição do número de processos, não por falta de acesso ao Judiciário, mas pela racionalização do próprio sistema jurídico, o que é absolutamente imperioso, tendo em vista a monstruosidade do número de processos que causa o emperramento do Poder Judiciário – o que se comprovou estatisticamente.

No presente estudo, em que se discutiu o papel da Administração Pública, o principal argumento contra a obrigatoriedade da vinculação dos órgãos administrativos aos precedentes do STF é o de que isso ofenderia o princípio da divisão de Poderes e o princípio da legalidade. Tais argumentos são frágeis: tendo em vista o destacado papel da jurisdição constitucional no controle das leis provenientes do Poder Legislativo, a adoção de precedentes e a sua observância não ofende a divisão dos Poderes – pelo contrário – garante a coerência e harmonia entre eles, especialmente porque o Executivo depende, em grande medida, do Poder Judiciário para a consecução dos direitos sociais, demandando esse Poder a fim de solucionar os mais diversos conflitos, bem como, para interpretar as normas abstratas e dar concretude aos conceitos indeterminados. De tal forma que a ofensa à divisão dos Poderes é aparente, na medida em que a interdependência não deixa de existir. O que a adoção dos precedentes proporciona é equilíbrio entre os

Poderes, com a preservação da democracia, mesmo que isso signifique um intenso debate entre eles e o próprio povo. E os debates não costumam ser desprovidos de certa tensão, especialmente pela diversidade de interesses de diversos grupos sociais e pela necessidade de proteção das minorias.

Assim, embora a teoria dos precedentes tenha sua origem na atividade jurisdicional, ela deve ser aplicada também na atividade administrativa, posto que a lei que serve para o Poder Judiciário também serve para o Poder Executivo, de tal forma que tanto um quanto o outro encontram as mesmas dificuldades na aplicação do direito ao caso concreto, especialmente porque a lei permite interpretações divergentes. O que não pode ocorrer é que o Poder Judiciário, por meio do STF, faça uma interpretação da norma e a Administração Pública, faça outra, forçando o jurisdicionado às portas da justiça para, diante dessa imprevisibilidade e incoerência, ter seu direito tutelado. Além disso, é ainda mais necessária a observância de precedentes pelos órgãos administrativos em razão da discricionariedade administrativa, que não deve ser usada como barreira a efetiva prestação do direito.

Ainda, ao contrário do que possa se alegar, a vinculação da Administração Pública a precedentes do STF não fere o princípio da legalidade, já que a Constituição Federal prevê expressamente a obrigatoriedade da vinculação da Administração aos precedentes do STF em sede de controle concentrado e por meio de Súmula Vinculante. Além disso, mesmo não havendo previsão constitucional específica, os precedentes que têm origem na repercussão geral também são vinculantes aos órgãos administrativos. Contudo, a Administração Pública não se sente vinculada nem aos precedentes da Corte, nem sequer aos seus próprios precedentes internos, o que se comprovou por meio dos dados sobre a altíssima participação da Administração nas lides judiciais.

Tanto não há desrespeito ao princípio da legalidade, ou à separação de poderes, que, conforme se demonstrou, a eficácia vinculante dos precedentes do STF decorre de diversos princípios constitucionais que, por si sós, já possuem alta carga normativa, tais como o da igualdade, o da segurança jurídica, o da boa-fé, o da eficiência, o da impessoalidade, e também de dispositivos constitucionais e legais, dos quais se destacaram o artigo 5º, §§ 1º e 2º da CF/88, que estabelece o princípio da máxima efetividade e aplicação imediata dos direitos fundamentais, e a Lei nº 9.784/1999, que regula o Processo Administrativo.

Por todo o exposto, a vinculação da Administração Pública aos precedentes do STF, especialmente quando se fala na tutela de Direitos Fundamentais, presta-se a garantir a aplicação isonômica da lei, com a sua aplicação em consonância com a própria Constituição, sendo possível, inclusive, que se combata o mau uso da discricionariedade administrativa, para que haja a garantia da busca pela melhor solução para cada caso, e que tal solução seja idêntica para todos os casos similares que estejam submetidos à mesma norma. Além desses aspectos, não menos importante é a questão do potencial de economia que a adoção de precedentes pode proporcionar – economia não apenas monetária – já que o excesso de judicialização e o inchaço da máquina pública custa demasiado aos cofres públicos, mas também de economia processual e de recursos humanos, o que gera, em última análise, a redução dos custos sociais e a promoção de igualdade social.

Por fim, tendo em vista que a Constituição almeja a construção de uma sociedade livre e democrática, a obrigatoriedade de que a Administração Pública adote posicionamento em consonância com a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal é imprescindível, já que o controle de constitucionalidade realizado pela Corte alcança a todos os Poderes, na medida em que busca a manutenção da ordem democrática constitucionalmente prevista, com a supremacia dos Direitos Fundamentais e tutela dos valores positivados na Constituição.

6 REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Discrecionalidade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: RT, 2014.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e Política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 14, n. 39, p. 83-102, fev. 1999. DOI: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69091999000100005>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo Civil pragmático**. 2013. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. 3. tir., atual. por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOSA, Claudia Maria. **Os novos oráculos da lei: a experiência do modelo misto canadense e a proposta da súmula de efeito vinculante no Brasil**. 2002. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/83567/185750.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=366>. Acesso em: 19 dez. 2017.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *Common Law* e *Civil Law* na Sociedade Contemporânea**. 2011. 264f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2011/40003019006P4/TES.PDF>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./maio 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 08 set. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. 452 p.

BATISTA, Vera. Privilégios os servidores do Judiciário são maiores do que dos outros Poderes. [Correio Braziliense]. **Jusbrasil**, 10.08.2015. Disponível em: <<https://correioforense.jusbrasil.com.br/noticias/217822223/privilegios-os-servidores-do-judiciario-sao-maiores-do-que-dos-outros-poderes>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

BERMAN, José Guilherme. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 2. ed., Revista e Atualizada de Acordo com o Novo CPC. Curitiba: Juruá, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Decreto nº 592**, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Decreto nº 2.346**, de 10 de outubro de 1997. Consolida normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais, regulamenta os dispositivos legais que menciona, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2346.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Instrução Normativa INSS/PRES nº 45**, de 06 de agosto de 2010. Dispõe sobre a administração de informações dos segurados, o reconhecimento, a manutenção e a revisão de direitos dos beneficiários da Previdência Social e disciplina o processo administrativo previdenciário no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. DOU de 11.08.2010 – Alterada. Disponível em: <http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2010/45_1.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Instrução Normativa INSS/PRES nº 61**, de 23 de novembro de 2012. Altera a Instrução Normativa nº 45/PRES/INSS, de 06 de agosto de 2010. DOU de 28/11/2012. Disponível em: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2012/61.htm>>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Instrução Normativa INSS/PRES nº 77**, de 21 de janeiro de 2015. Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. DOU de 22.01.2015. Disponível em: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm>>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Instrução Normativa STF nº 126**, de 17 de agosto de 2011. Dispõe sobre os procedimentos para reconhecimento da união estável no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Publicada no Boletim de Serviço, Edição Extraordinária, nº 11, p. 2-4, em 14 set. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/INSTRUCAONORMATIVA126-2011.PDF>>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. [Revogada pela Lei nº 13.105, de 2015]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.038**, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.742**, de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. [Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS)]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm>. Acesso em: 12 jan. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.533**, de 10 de dezembro de 1997. Autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9533.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.720**, de 30 de novembro de 1998. Dá nova redação a dispositivos da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9720.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.756**, de 17 de dezembro de 1998. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9756.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.882**, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.219**, de 11 de abril de 2001. Cria o Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à educação – "Bolsa Escola", e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10219.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.689**, de 13 de junho de 2003. Cria o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.689.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.741**, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.836**, de 09 de janeiro de 2004. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.836.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.417**, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.435**, de 06 de julho de 2011. Altera a Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12435.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.470**, de 31 de agosto de 2011. Altera os arts. 21 e 24 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Custeio da Previdência Social, para estabelecer alíquota diferenciada de contribuição para o microempreendedor individual e do segurado facultativo sem renda própria que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencente a família de baixa renda; altera os arts. 16, 72 e 77 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social, para incluir o filho ou o irmão que tenha deficiência intelectual ou mental como dependente e determinar o pagamento do salário-maternidade devido à empregada do microempreendedor individual diretamente pela Previdência Social; altera os arts. 20 e 21 e acrescenta o art. 21-A à Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 - Lei Orgânica de Assistência Social, para alterar regras do benefício de prestação continuada da pessoa com deficiência; e acrescenta os §§ 4º e 5º ao art. 968 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para estabelecer trâmite especial e simplificado para o processo de abertura, registro, alteração e baixa do microempreendedor individual. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12470.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.256**, de 04 de fevereiro de 2016. Altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para disciplinar o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13256.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. Política Nacional de Assistência Social – PNAS/2004. **Norma Operacional Básica – NOB/SUAS**. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2004.

BRASIL. **Projeto de Lei de nº 3099/1989**. Dispõe sobre a lei orgânica da assistência social, suas definições, princípios e diretrizes, determina competências gerais em cada esfera de governo, benefícios e serviços, fontes de financiamento e da outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=209627>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

CAMARA, Heloisa Fernandes. **STF na ditadura militar-brasileira: um tribunal adaptável?** 2017. Tese (Doutorado) –Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. v. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105, de 16 de Março de 2015 - Volume V – Arts. 330 ao 388**. Curitiba: Juruá, 2015.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil** – Lei 13.105, de 16 de Março de 2015 – Volume VII – Arts. 464 ao 527 – De Acordo com as Reformas Introduzidas pelas Leis 13.256/2016, 13.363/2016 e 13.465/2017. Curitiba, Juruá, 2017.

CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no Direito Brasileiro**. São Paulo: Contacorrente, 2016 (e-book kindle).

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II. Campinas: Bookseller, 2000.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2016**: ano base 2015. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbffa44931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Supremo em ação 2017** – Ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/08/f8bcd6f3390e723534ace4f7b81b9a2a.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

CNJ/DPJ – Conselho Nacional de Justiça / Departamento de Pesquisas Judiciárias. **100 Maiores Litigantes – 2010**. Brasília, Março 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2017.

CNJ/DPJ – Conselho Nacional de Justiça / Departamento de Pesquisas Judiciárias. **100 Maiores Litigantes – 2012**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2017.

CRAM, Iam. Judging rights in the United Kingdom: the human rights act and the new relationship between parliament and the courts. **Review of Constitutional Studies**. Jan. 2007. The Free Library. Centre for Constitutional Studies, University of Alberta. Disponível em: <<https://www.thefreelibrary.com/Judging+rights+in+the+United+Kingdom%3A+the+human+rights+act+and+the...-a0208336580>>. Acesso em: 09 dez. 2017.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. Volume. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EDUCAR – Educação Domiciliar Reformada. **Questões legais**. [vários artigos]. Disponível em: <<http://www.educacao-domiciliar.com/category/artigos/questoes-legais/>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERREIRA, Flávio. Há excesso de individualismo no STF, afirmam professores da USP. **Folha de S.Paulo**, 12.06.2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/06/1892442-ha-excesso-de-individualismo-no-stf-afirmam-professores-da-usp.shtml>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. Do exercício do controle de constitucionalidade pelos tribunais de contas. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 120, jan. 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14226>. Acesso em: 16 abr. 2017.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Precedentes judiciais e separação de poderes. **Revista de Processo**, v. 40, n. 247, p. 423-448, set. 2015. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/96805>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

FIORAVANTI, Maurizio. Público e Privado: os Princípios Fundamentais da Constituição Democrática. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 58, p. 7-24, 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v58i0.34862>.

FRÓES, Tagore. Eficácia *erga omnes* × Efeito vinculante: há diferença? Breves apontamentos. **Jusbrasil**, 19.05.2015. Disponível em: <<https://tagfroes.jusbrasil.com.br/artigos/189149130/eficacia-erga-omnes-x-efeito-vinculante-ha-diferenca>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

GAIO JR., Antônio Pereira. Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no novo código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 41, n. 257, p. 343-370, jul. 2016. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/104596>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. **Isonomía**, n. 6, abril 1997.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. 2015 Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

GRAU, Eros Roberto. Juízes que fazem as suas próprias leis. O nascituro é não apenas protegido pela ordem jurídica, sua dignidade humana preexistindo ao fato do nascimento, mas titular de direitos adquiridos. **O Globo**, 11.12.2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opiniaao/juizes-que-fazem-as-suas-proprias-leis-20622275#ixzz51LZSXX3X>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

GRILLO, Brenno. Judiciário trocou lei por ponderação de princípios, dizem Eros Graus e advogados. **Consultor Jurídico**. 09.12.2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-09/judiciario-trocou-lei-ponderacao-principios-eros-grau>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. 614 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014a.

HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, Direito e Políticas Públicas**: homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2014b. p. 217-243.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalism Papers**: A Collection of Essays Written in Favour of the New Constitution. Coventry House Publishing (September 8, 2015). E-pub. ISBN-10: 1542049423.

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social. **INSS em números**: Boletim Estatístico Gerencial. Julho/2014. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2014/10/Ret_Offset_Informe_julho_2014.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2016.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Introdução e revisão técnica de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Pontes, 2003.

LAMY, Eduardo de Avelar; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. A Administração Pública Federal e os precedentes do STF. **Revista de Processo**, v. 37, n. 214, p. 199-215, dez. 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/79481>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de: José Lamago. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

LÉLLIS, Leonardo. Testemunha da História. "Todo conservador quer uma Constituição enxuta". **Revista Consultor Jurídico**, 13 de outubro de 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-03/senso-incomum-soliloquio-epistemico-ministro-barroso-precedentes>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

LOBO, Arthur Mendes Lobo. **Reclamação ao Supremo Tribunal Federal: Proteção de Interesses Coletivos**. Curitiba: Juruá, 2015.

LOURENÇO, Haroldo. **Precedente Judicial como fonte do Direito**: algumas considerações sob a ótica do Novo CPC. 2011. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/11458380>. Acesso em: 19 dez. 2017.

LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como Fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. **Revista Temas Atuais de Processo Civil**, v. 1, n. 6, p. 38-65, dez. 2011.

LUVIZOTTO, Juliana Cristina. **Precedentes Administrativos & a Vinculação da Atividade Administrativa**. Curitiba: Juruá, 2017.

LYNCH, Christian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. **Revista Direito e Práxis**. V. 8, n. 2, 2017, p. 974-1007.

MALISKA, Marcos Augusto. **Aspectos históricos, sociais e culturais do Direito Constitucional Brasileiro**. Texto objeto da palestra proferida em 05 de Setembro de 2017 no Departamento de Direito Constitucional da Universidade Russa da Amizade dos Povos – RUDN (Российский университет дружбы народов, РУДН) de Moscou, Rússia. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAUÉS, Antonio Moreira. O efeito vinculante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: análise das reclamações constitucionais n. 11.000 a 13.000. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 2, 441-460, maio/ago 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201618>. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v12n2/1808-2432-rdgv-12-2-0441.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. 7. tir. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes** – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação: instrumentos de *Stare Decisis* e prática constitucional brasileira. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 177-208, jul./set. 2005. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v241.2005.43370>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. **Precedentes Judiciais Vinculantes**: a eficácia dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica. Prefácio à 2ª edição de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford Constitutional Theory. Oxford: OUP, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. doi:10.11606/T.8.2008.tde-05122008-162952.

MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. **Folha de São Paulo**. 01.02.2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da Persuasão à Vinculação. São Paulo: RT, 2016.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MOURÃO-FERREIRA, David. **Matura Idade**. Lisboa: Arcádia, 1973.

OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Influência de técnicas do *common law* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. **Revista de Processo**, v. 42, n. 270, p. 313-351. ago. 2017. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/112374>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Precedentes judiciais na administração pública**: limites e possibilidade de aplicação. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Sociedade)– Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2016.

PEREIRA, Potyara Amazoneida P. **A Assistência Social na perspectiva dos direitos**: crítica aos padrões dominantes de proteção aos pobres no Brasil. Brasília: Thesaurus, 1996.

PINHEIRO NETO, Othoniel. **Curso de Direito Constitucional**. Volume I. Curitiba: Juruá, 2016.

PINTO, Paulo Silva; FERRARI, Hamilton. Funcionários públicos no Brasil têm salários maiores do que nos EUA. **Correio Braziliense**, 26.06.2016. Disponível em: <<http://blogs.correiobraziliense.com.br/vicente/funcionarios-publicos-no-brasil-tem-salarios-maiores-do-que-nos-eua/>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

POMBO, Bárbara. “Núcleo duro do novo CPC é inconstitucional”, diz jurista. Para Nelson Nery Jr., tribunais superiores se empoderaram sem autorização da Constituição. **Jota Justiça**, 21 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-03/senso-incomum-soliloquio-epistemico-ministro-barroso-precedentes>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

PUGLIESE, William Soares. **A ratio da jurisprudência**: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade. 2016. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2016.

PUGLIESE, William Soares; SANTOS, Ramon Ouais. A teoria dos precedentes como uma teoria normativa da jurisdição. **Revista de Processo**, v. 42, n. 272, p. 375-396, out. 2017. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/114037>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

PULCINELLI, Eliana. **STF como Indutor da Mudança no Constitucionalismo de Transformação**. Curitiba: Juruá, 2016.

ROMÃO, Pablo Freire; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro. **Precedente Judicial no Novo Código de Processo Civil**: tensão entre segurança e dinâmica do direito. Curitiba: Juruá, 2015.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e a formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 133-201.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. (e-book)

SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário**. v. 1. 5. ed. Curitiba: Alteridade, 2014.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Seguridade Social como Direito Fundamental Material**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVEIRA NETO, Honório. **Fundamentos do Estado Democrático de Direito**. Resumo da aula proferida no Curso de Direito Constitucional organizado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em 17.03.1989. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1416/1345>>. Acesso em: 09 dez. 2017.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim. 1. ed., 2. reimpr. Curitiba: Juruá, 2013.

SPADONI, Joaquim Felipe. Reclamação. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.). **Temas essenciais do novo CPC**: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro de acordo com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

STF – Supremo Tribunal Federal. **Estatísticas do STF**. [09.09.2017]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica>>. Acesso em: 09 set. 2017.

STF – Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 888.815/RS**. 14.05.2015. Inteiro teor. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4774632>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. O solilóquio epistêmico do ministro Roberto Barroso sobre precedentes. **Revista Consultor Jurídico**, 3 de novembro de 2016a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-03/senso-incomum-soliloquio-epistemico-ministro-barroso-precedentes>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Precedentes? Decisão de 4 linhas do STF contém três violações ao CPC. **Revista Consultor Jurídico**, 10 de novembro de 2016b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-10/senso-incomum-precedentes-decisao-linhas-stf-contem-tres-violacoes-cpc>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes. 2. ed., ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. (Edição digital).

TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e a força vinculante (ou “devagar com andor que o santo é de barro”). In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. (Série Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos. V. 12). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (Coords.). **La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional** – Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, Tomo V, Juez y sentencia constitucional. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2559/39.pdf>>.

TRF4 – Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Pesquisa de jurisprudência. [2018]. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal**: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.2.2012.tde-27092012-094000. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/pt-br.php>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, 2006. Disponível em: <<http://www.humanities.mcmaster.ca/~walucho/3Q3/Waldron.Core%20Case%20Judicial%20Review%20Yale%20LJ.pdf>>. Acesso em: 09 dez. 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

7 BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ABBOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Princípio da impessoalidade. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p. 109-118.

ANFIP – Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil e Fundação ANFIP de Estudos da Seguridade Social. **Análise da Seguridade Social em 2006**. Brasília: ANFIP, 2007.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. Série Produção Científica – Direito Desenvolvimento Justiça. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Política e Constituição**: os caminhos da democracia. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução e revisão de: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução de: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARBONELL, Miguel. Los Derechos Sociales: elementos para una lectura em clave normativa. **Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região**, n. 03-2010, p. 34-57. Disponível em: <<http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Cadernos%20da%20Escola%20Judicial/2010/Cadernos%20da%20Escola%20Judicial,%20v%202,%20n%2003,%20p%2034-57,%202010.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

FREITAS, Juarez. Respeito aos precedentes judiciais iterativos pela Administração Pública. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 211, 117-123, jan./mar. 1998. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v211.1998.47130>. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47130>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Assistência Social às Famílias nas Constituições Brasileiras**: institucionalização dos espaços domésticos e poder. Prefácio de Jorge Miranda. Curitiba: Juruá, 2009.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia** (UniBrasil), Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/417/324>>.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de: Luís Carlos Borges. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOPES, Márcio Marçal. **Efeito vinculante dos precedentes, segurança jurídica e prestação jurisdicional como garantia fundamental**. 2012. 132f. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Faculdade de Direito. "Prof. Jacy de Assis" (FADIR). Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Uberlândia, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13190/1/d.pdf>>.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE GOIÁS. **Histórico da Política de Assistência Social**. Texto produzido para a Capacitação Regional de Conselheiros Estaduais e Municipais de Assistência Social. Agosto/2000. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/41/docs/historico_da_politica_de_assistencia_social_-_2000.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil: apontamentos gerais. In: FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. (Coords.). **O Novo Código Civil**: homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003. p. 398-444.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e Direito Privado. **Revista de Direito do Consumidor – RDC**, v. 16, n. 61, p. 90-125, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/85850>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. Precedentes e jurisprudência: uma distinção necessária no sistema jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 10, n. 3, p. 2079-2111, 2º quadrimestre de 2015. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/8110>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

SILVA, Thais Sampaio da. **A resposta correta**: as decisões judiciais e o caso do direito à assistência social. 2014. 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 10. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/35663/r%20-%20d%20-%20thais%20sampaio%20da%20silva.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 02 jan. 2016.

K71v

Knihs, Karla Kariny

Vinculação da administração pública aos precedentes do supremo tribunal federal em matéria de direitos fundamentais / Karla Kariny Knihs. – Curitiba, 2018.

143 f.

Orientadora: Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza

Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Internacional UNINTER.

1. Direitos fundamentais. 2. Administração pública. 3. Brasil. Supremo Tribunal Federal. I. Título.

CDD 340

Catálogo na fonte: Célia Regina Pinheiro Vasques - CRB-9/1180

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL UNINTER

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD

LINHA DE PESQUISA: JURISDIÇÃO E PROCESSO NA CONTEMPORANEIDADE

KARLA KARINY KNIHS

**VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS PRECEDENTES DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

CURITIBA

2018

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL UNINTER

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD

LINHA DE PESQUISA: JURISDIÇÃO E PROCESSO NA CONTEMPORANEIDADE

**VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS PRECEDENTES DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito do
Centro Universitário Internacional UNINTER.

Orientadora: Prof.^a Dr.^aEstefânia Maria de
Queiroz Barboza

KARLA KARINY KNIHS

Mestrado

Curitiba, Janeiro de 2018

TERMO DE APROVAÇÃO

KARLA KARINY KNIHS

VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional UNINTER como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Curitiba, 19 de janeiro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Estefânia Maria de Queiroz Barbosa
Orientadora

Prof.^a Dr.^a Cláudia Maria Barbosa
Avaliadora

Prof. Dr. Martinho Martins Botelho
Avaliador

Prof. Dr. Vicente de Paula Ataíde Junior
Avaliador

Para
Sofia, minha filha; e
Mara, minha mãe.

AGRADECIMENTOS

Na Academia, tive contato com o melhor, e com o pior do ser humano. Mas é preciso acreditar, sempre. Por isso, agradeço primeiramente a minha orientadora, que acreditou em mim e me aceitou como orientada três vezes, e como ser humano infinitas vezes. A Professora Estefânia, pessoa incrível, exemplo de vocação, de força, de inteligência e brilhantismo e, sobretudo, de humanidade. Nunca teve comigo senão atitudes nobres, palavras de incentivo e encorajamento. Obrigada por tudo!

Agradeço a FACEAR – Faculdade Educacional Araucária, na pessoa do professor e diretor geral, Murilo Andrade, por acreditar no meu trabalho e pelo apoio durante o mestrado.

Agradeço ao meu ex-professor e amigo Fabio Teixeira, por ter acreditado em mim como professora. Agradeço a Camila Salgueiro da Purificação Marques, Genilma Moura pela força e pelos conselhos. A Ivete Regis e Gesilaine Monteiro, por serem meus braços direito e esquerdo – e, às vezes, as pernas também, na graduação.

Agradeço à UNINTER, pela acolhida como aluna de graduação, de pós-graduação, de mestrado e, recentemente, como professora.

Agradeço a minha comadre, Luciane Pansolin, companhia de todas as horas, minha melhor e mais talentosa amiga. Obrigada por tudo, especialmente pela revisão final.

Agradeço a minha grande amiga Andrea Arruda Vaz, por ser sempre uma fonte de amor, carinho, apoio e um exemplo de pessoa. Uma professora e uma advogada incrível. Você é fundamental na minha vida.

Agradeço a minha mana, Bruna Pizzaia, por todos os momentos (e lanches) que dividimos. A minha querida Ana Renata, pelo carinho e por sempre me socorrer quando mais precisei. E a amiga Regeane Quetes, pela ajuda desde a confecção do projeto.

Agradeço especialmente à minha mãe, à minha filha, e ao meu marido, por tudo.

E por vezes

*E por vezes as noites duram meses
E por vezes os meses oceanos
E por vezes os braços que apertamos
nunca mais são os mesmos E por vezes
encontramos de nós em poucos meses
o que a noite nos fez em muitos anos
E por vezes fingimos que lembramos
E por vezes lembramos que por vezes
ao tomarmos o gosto aos oceanos
só o sarro das noites não dos meses
lá no fundo dos copos encontramos
E por vezes sorrimos ou choramos
E por vezes por vezes ah por vezes
num segundo se evolvem tantos anos
(David Mourão-Ferreira, 1973)*

RESUMO

A dissertação “Vinculação da Administração Pública aos Precedentes do Supremo Tribunal Federal em matéria de Direitos Fundamentais” busca enfrentar a questão acerca da necessidade/possibilidade/obrigatoriedade de a Administração Pública se vincular aos precedentes do STF, especialmente em matéria de Direitos Fundamentais. Isso porque, a Administração Pública, ao não vincular suas decisões administrativas aos precedentes judiciais da Corte, fere os princípios da Igualdade e da Segurança Jurídica, na medida em que, ao permitir tratamento desigual entre os cidadãos, empurra-os às portas do judiciário, causando seu abarrotamento, o que se comprova pelo estudo estatístico apresentado. Além disso, a atual postura da Administração Pública fere os princípios da Eficiência, da Eficácia e da Economicidade, onerando os cofres públicos e dificultando a consecução da Justiça Social. Por fim, a vinculação é tratada como forma de garantia a diversos princípios constitucionais, tais como o da igualdade, o da isonomia, o da impessoalidade, o da boa-fé, o da celeridade processual, o princípio democrático e o princípio Republicano. Tendo em vista que a Administração Pública não se vincula a precedentes judiciais, mais especificamente aos precedentes do Supremo Tribunal Federal em matéria de Direitos Fundamentais, são identificadas ferramentas no Direito que sejam capazes mudar esse quadro de maneira a promover a vinculação da Administração Pública aos precedentes do Supremo Tribunal Federal em matéria de Direitos Fundamentais, para a tutela de Direitos, de forma a conquistar a paz social. Assim, a pesquisa tem por objetivo identificar e analisar os fundamentos e os pressupostos legais que embasam a obrigatoriedade de observação do precedente vinculante na esfera administrativa. Conclui-se que a vinculação da Administração Pública a precedentes é necessária para reduzir a judicialização dos conflitos administrativos, protegendo o interesse público, bem como, para a consecução da finalidade da própria Administração. Ainda, promove a manutenção do Estado Democrático de Direito, mantendo a integridade do direito, tendo em vista que quando os conflitos não são resolvidos na esfera competente, mesmo se já pacificados pelo STF, o sistema torna-se excessivamente dispendioso para ser mantido, bem como, há ofensa aos direitos sociais e a geração de desigualdades.

Palavras-chave: Precedentes. Jurisdição Constitucional. Administração Pública. Supremo Tribunal Federal. Democracia. Direitos Fundamentais Sociais. Direito Processual.

ABSTRACT

The dissertation "Binding the Public Administration to the Precedents of the Federal Supreme Court about Fundamental Rights" seeks to address the issue of the need / possibility / obligation of Public Administration to link to precedents of the Supreme Court, especially in matters of Fundamental Rights. This is because the Public Administration, by not linking its administrative decisions to judicial precedents of the Court, violates the principles of Equality and Legal Security, inasmuch as, by allowing unequal treatment among citizens, it pushes them to the doors of the judiciary, causing them to be overcrowded, as evidenced by the statistical study presented. In addition, the current position of Public Administration violates the principles of Efficiency, Effectiveness and Economics, burdening public coffers and making it difficult to achieve Social Justice. Finally, the linkage is treated as a guarantee of several constitutional principles, such as equality, isonomy, impersonality, good faith, procedural speed, the democratic principle and the Republican principle. Given that the Public Administration is not linked to judicial precedents, more specifically to the precedents of the Federal Supreme Court about Fundamental Rights, tools are identified in the Law that are capable of changing this framework in such a way as to promote the linkage of the Public Administration with precedents of the Federal Supreme Court in matters of Fundamental Rights, for the protection of Rights, in order to conquer social peace. Thus, the research aims to identify and analyze the fundamentals and legal assumptions that support the obligation to observe the binding precedent in the administrative sphere. It is concluded that the linkage of Public Administration to precedents is necessary to reduce the judicialization of administrative conflicts, protecting the public interest, as well as, to achieve the purpose of the Administration itself. Furthermore, it promotes the maintenance of the Democratic State of Law, maintaining the integrity of the law, since when conflicts are not resolved in the competent sphere, even if already pacified by the Supreme Court, the system becomes excessively expensive to be maintained, as well as, there is an offense against social rights and the generation of inequalities.

Keywords: Precedents; Constitutional Jurisdiction; Public administration; Federal Court of Justice; Democracy; Fundamental Social Rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	– Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADECON	– Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADIn	– Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	– Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU	– Advocacia Geral da União
BPC	– Benefício da Prestação Continuada
CCJ	– Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
CF/88	– Constituição Federal de 1988
CNJ	– Conselho Nacional de Justiça
CPC	– Código de Processo Civil
NCPC	– Novo Código de Processo Civil
EUA	– Estados Unidos da América
INSS	– Instituto Nacional do Seguro Social
IRDR	– Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
LOAS	– Lei Orgânica da Assistência Social
MPOG	– Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão
MPU	– Ministério Público da União
PNAS	– Política Nacional de Assistência Social
PPGD	– Programa de Pós-Graduação em Direito
RCL	– Reclamação
RExt	– Recurso Extraordinário
STF	– Supremo Tribunal Federal
STJ	– Superior Tribunal de Justiça
TJ	– Tribunal de Justiça
TNU	– Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais
TRF4	– Tribunal Regional Federal da 4ª Região

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Assuntos mais demandados na Justiça Federal segundo o CNJ 2016 – ano base 2015	70
Gráfico 2 – Assuntos mais demandados na Justiça Federal por matéria – ano base 2015.....	71
Gráfico 3 – Assuntos mais demandados na Justiça Estadual – ano base 2015	72
Gráfico 4 – Distribuição por matéria – 2016/STF	73
Gráfico 5 – Distribuição por matéria – Direito Público – 2016/STF	74
Gráfico 6 – Classes mais recorrentes no STF – ano base de 2016	75
Gráfico 7 – Processos distribuídos em sede de controle concentrado – ano de 2016, por matéria	76
Gráfico 8 – Distribuição de ADINs no ano de 2016, por matéria	77
Gráfico 9 – ADCs distribuídas – ano de 2017, por matéria – STF.....	78
Gráfico 10 – ADPFs distribuídas – ano de 2016, por matéria – STF.....	79
Gráfico 11 – Reclamações distribuídas – ano de 2017, por matéria – STF	80
Gráfico 12 – Recursos Extraordinários distribuídos – ano de 2016, por matéria – STF.....	82
Gráfico 13 – Recursos Extraordinários com Agravo distribuídos – ano de 2016, por matéria – STF.....	83
Gráfico 14 – Repercussões Gerais – ano de 2016, por matéria – STF	84

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Distribuição por matéria – 2016/STF	73
Tabela 2 – Processos distribuídos em sede de controle concentrado – ano de 2016 – por matéria	76
Tabela 3 – Reclamações distribuídas – 2017	80

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 TEORIA GERAL DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	17
2.1 CONSTITUCIONALISMO, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E APROXIMAÇÃO DOS SISTEMAS <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i> : UM SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL	17
2.2 OS PRECEDENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, O REGIME JURÍDICO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	42
2.3 PRECEDENTES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	56
3 A VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS PRECEDENTES DO STF EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	68
3.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO MAIOR CLIENTE DO PODER JUDICIÁRIO	68
3.2 A QUESTÃO DA DISCRICIONARIEDADE E DA VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO E DIREITOS FUNDAMENTAIS	87
3.3 FUNDAMENTOS DOS PRECEDENTES E SUA APLICAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PRESSUPOSTOS JURÍDICOS PARA A ATRIBUIÇÃO DE FORÇA VINCULANTE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS	94
4 ESTUDO DE CASO: A VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	104
4.1 A QUESTÃO DA AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE AMPARO ASSISTENCIAL AO IDOSO E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LOAS).....	104
4.2 SEGURIDADE SOCIAL E O TRATAMENTO LEGAL DO BENEFÍCIO DE AMPARO ASSISTENCIAL AO IDOSO E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LOAS)	107
4.3 POSSIBILIDADE DE VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO AO ENTENDIMENTO PACIFICADO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA A AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE	117
5 CONCLUSÃO	124
6 REFERÊNCIAS.....	128
7 BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	141

1 INTRODUÇÃO

Segundo dados¹ do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Administração Pública é a grande cliente do Poder Judiciário, sendo a maior violadora de Direitos Fundamentais, vez que trabalha de forma ineficiente, gerando insegurança jurídica e um altíssimo custo financeiro e social para o País. O custo da Administração violadora compreende não só o assoberbamento da Advocacia Geral da União (AGU), já que ao não seguir precedentes do Supremo Tribunal Federal em matérias pacificadas em sede de Direitos Fundamentais, abarrotando com trabalho desnecessário toda a AGU, como também prejudica a Administração do Poder Judiciário, devido ao excesso de demandas que remete à apreciação do Judiciário, desnecessariamente.

Diante desse quadro, a presente dissertação tem por objeto o estudo da possibilidade de vinculação da Administração Pública aos precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) em matéria de Direitos Sociais Fundamentais, como forma de se alcançar justiça social e promover a eficiência administrativa, bem como, possibilitar a economia de recursos, poupando o erário de gastos desnecessários. A Administração Pública, em regra, não segue precedentes, seja em sede de controle concentrado (Súmulas Vinculantes, ADIn, etc.), seja em sede de controle difuso de constitucionalidade (HACHEM, 2014b).

Buscar-se-á, no presente estudo, demonstrar que a falta de vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais coloca em perigo o próprio Estado de Direito, posto que o atual sistema administrativo brasileiro é autofagitário: ao não adotar uma diretriz de uniformização dos entendimentos, especialmente em matéria de Direitos Sociais Fundamentais, desrespeitando flagrantemente o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal², funciona criando demandas desnecessárias, com a promoção sistemática e deliberada do inchaço da máquina pública.

¹ No ano de 2011, 83,19% das lides em sede de Justiça Federal envolvia o Setor Público Federal. Em 20,1% dos casos o Setor Público Federal ocupava o polo ativo, e em 48,7% dos casos ocupava o polo passivo. (CNJ/DPJ, 2012).

² CF/88. Art. 5º. [...]

§ 1º – As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Acachapada por uma alta carga tributária, a população brasileira não alcança adequadamente tutela aos seus direitos na via administrativa, sendo obrigada a judicializar os mais mezinhos conflitos – daí a nossa cultura da judicialização³. O sistema atual, pago a peso de ouro, produziu uma espécie de casta de alto escalão que não é capaz de promover a igualdade, a justiça social e bem comum, mas protege a si mesma, em detrimento do interesse público⁴.

Daí porque a escolha do tema se justifica; pela importância do estudo da necessidade de que a Administração se vincule aos precedentes judiciais do Supremo Tribunal Federal em matéria de Direitos Sociais Fundamentais, tanto em sede de controle concentrado quando de controle difuso, posto que a Administração Pública e o Judiciário adotam posicionamentos bastante diversos quanto à aplicação da legislação aos casos concretos, especialmente no que se refere à garantia de proteção aos direitos humanos e sociais.

³ Daniel Wunder Hachem (2014b, p. 220) fala em “os sem sentença” e os “com sentença”.

⁴ Sobre a desigualdade e disparidade existente entre os servidores: Enquanto funcionários do Executivo recebem, em média, R\$ 4,5 mil de auxílio-alimentação por ano, no Legislativo, o ganho é de R\$ 8,7 mil; no Ministério Público, de R\$ 9,7 mil; e, no Judiciário, de R\$ 10,8 mil. Reajuste não precisa ser especificado em lei. No serviço público, alguns são mais iguais do que outros. O Tesouro Nacional desembolsou, em 2014, R\$ 11,8 bilhões, para bancar quatro benefícios para os funcionários – auxílios alimentação, transporte, creche e assistência médica complementar – dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo. Para este ano, a previsão inicial é de gasto de R\$ 12,6 bilhões com esses itens, mas vários aumentos em discussão já indicam que a fatura será maior. De acordo com os dados apresentados pelo Ministério do Planejamento, porém, há uma profunda discrepância nos valores concedidos. Um servidor do Judiciário chega a embolsar 2,4 vezes a mais que seus colegas do Executivo. Essa remuneração indireta engorda consideravelmente os ganhos do funcionalismo. Em alguns casos, representa praticamente um 14º salário. Se considerarmos o auxílio-alimentação, um servidor do Poder Judiciário recebe, em média, uma subvenção anual de R\$ 10,8 mil. Entre os funcionários civis do Executivo, a quantia é de R\$ 4,5 mil no período. Entre os militares, o valor é menor ainda: R\$ 3,3 mil. Enquanto isso, os servidores do Ministério Público da União (MPU) recebem, no período, R\$ 9,7 mil. E os do Legislativo, R\$ 8,7 mil. A fatura não para de aumentar. Haverá um salto anual de R\$ 1,3 bilhão referente ao impacto causado pela correção de três desses itens, apenas para os trabalhadores civis do Poder Executivo, autorizada pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), no último dia 20. O auxílio-creche, desde 1995 sem correção, foi atualizado em 317,3%. O auxílio-alimentação e o plano de saúde suplementar tiveram índices de 22,5% e 23%, respectivamente, considerada a inflação de 2013 e 2014.” (BATISTA, 2015).

Veja-se, ainda, matéria no Correio Braziliense: **Funcionários públicos no Brasil têm salários maiores do que nos EUA**: “Os funcionários públicos brasileiros têm pouco o que reclamar dos salários caso vejam a remuneração que recebem trabalhadores com a mesma função no exterior. A comparação tornou-se mais fácil após a popularização de páginas na internet com informações salariais sobre todas as profissões, como, por exemplo, o site norte-americano PayScale (www.payscale.com). A robustez dos rendimentos do funcionalismo no país pode ser notada em funções dos Três Poderes. Mas, nos casos do Legislativo e do Judiciário, o contraste é ainda maior. Isso ocorre apesar de os Estados Unidos terem renda por habitante cinco vezes superior à brasileira.” (PINTO; FERRARI, 2016).

Afinal, se o que se procura é a efetivação dos direitos fundamentais ainda na esfera administrativa, por que o número de processos judiciais em que a Administração Pública figura como parte é tão grande e há tantas divergências de entendimento? Por que a Administração Pública não adota os precedentes vinculantes *erga omnes* já na esfera administrativa? Existem mecanismos no Direito que sustentem a vinculação da Administração Pública a precedentes? O objetivo do estudo compreende a discussão dessas questões.

Para o desenvolvimento da pesquisa e consecução de seus objetivos, utilizar-se-á os métodos dedutivo e indutivo: tanto analisando criticamente a postura dos intérpretes na esfera administrativa e judicial, por meio de levantamento de dados estatísticos junto ao site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), bem como, por meio de levantamento bibliográfico sobre o tema. Além disso, a fim de ilustrar a relevância do tema, apresentar-se-á estudo de caso, com a demonstração da discrepância de entendimentos entre o STF e a Administração Pública. Tendo em vista que a análise de decisões não é praxe em estudos brasileiros, posto que o sistema pátrio é o da *civil law*, o trabalho deve englobar pesquisa da doutrina, jurisprudência e lei, de forma interligada, bem como, levantamentos estatísticos.

No Capítulo 2 estudar-se-á especificamente, num primeiro momento, a teoria geral dos precedentes judiciais, expondo-se e discutindo-se a questão da jurisdição constitucional enquanto fonte do Direito, bem como, tratando da aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law* e do papel do sistema de precedentes no atual direito brasileiro. O estudo é importante na medida em que há a mitigação da ideia de que a aplicação estrita da lei seria a única maneira de se garantir segurança jurídica e igualdade, bem como, tendo em vista o impacto do constitucionalismo no *civil law*.

Num segundo momento, analisar-se-á o sistema de precedentes que vem se desenhando no Brasil, trazendo ao debate a questão do precedente como fonte normativa e o regime jurídico dos precedentes judiciais no Novo Código de Processo Civil, de 2015 (NCPC). Para tanto, comentar-se-á a redação dos principais dispositivos do CPC/2015 que tratam de precedentes, bem como, a questão da racionalidade das decisões e a necessidade da garantia de tutela jurídica efetiva e da justiça a todos.

Por fim, abordar-se-á a questão das decisões do Supremo Tribunal Federal e o que se pode ou deve considerar como precedente oriundo da Corte. Para alcançar esse objetivo analisar-se-á o papel do STF enquanto Corte Constitucional e recursal, bem como, quais as decisões dali emanadas deveriam vincular a Administração Pública, e sob quais fundamentos.

No Capítulo 3 apresentar-se-á, num primeiro momento, um estudo estatístico em que se demonstra que a Administração Pública é a maior cliente do Poder Judiciário, confirmando a hipótese lançada nos capítulos anteriores. Tendo em vista que a Administração Pública é responsável por mais de 70% dos processos existentes no País, o estudo estatístico compreende os assuntos mais demandados na Justiça Estadual e Federal e, em especial, a participação da Administração Pública nos processos distribuídos no STF no ano de 2016, tanto por matéria, quanto por classe processual.

Em seguida, far-se-á uma reflexão crítica acerca do tratamento jurídico dado ao ato administrativo, abordando-se a questão da vinculação e da discricionariedade administrativa, bem como, a questão da decisão judicial sobre atos administrativos no contexto do pós-positivismo e do constitucionalismo, tendo em vista que o controle do ato administrativo pode ser feito pelo Judiciário. Nesse viés, demonstrar-se-á que a jurisdição constitucional ganhou relevância, bem como, que há uma nova concepção do Direito Administrativo, especialmente para a consecução dos valores previstos na Constituição Federal.

Num último momento, esmiuçar-se-á os pressupostos jurídicos que garantiriam a atribuição de força vinculante aos precedentes judiciais, com a apresentação dos fundamentos legais que abrigariam a vinculação.

Ao final, no Capítulo 4, apresentar-se-á o estudo de caso escolhido para ilustrar a hipótese lançada, que se trata da questão da aferição da miserabilidade na concessão do Benefício de Amparo Assistencial ao Idoso e a Pessoa com Deficiência, popularmente conhecido como Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS). Trar-se-á discussão acerca da necessidade de adequação das decisões administrativas do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) aos precedentes do STF no que concerne à aferição da miserabilidade, previsto no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993, vez que a enorme disparidade do entendimento da Administração Pública em vistas das decisões do STF produz insegurança jurídica e uma enxurrada

de ações, onerando o Judiciário e a máquina pública, bem como, colocando em risco a consecução dos direitos sociais constitucionalmente previstos.

Assim, o último capítulo tem como principal objetivo demonstrar o atual posicionamento do STF no que se refere ao critério de concessão do benefício de amparo assistencial ao idoso e a pessoa com deficiência (LOAS), bem como, com base no já estudado nos capítulos anteriores, analisar a necessidade de vinculação da Administração Pública (INSS) aos precedentes judiciais do STF, a mais alta corte, que atualmente se posiciona pela flexibilização dos critérios para aferição da condição de miserabilidade, especialmente previsto no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993.

Para tanto, demonstrar-se-á que a Administração Pública não deve estar vinculada apenas e tão-somente à lei, e sim, também deve estar vinculada aos princípios constitucionais que fundamentam as decisões do STF – inclusive, sendo possível a utilização dos precedentes judiciais para fundamentar suas decisões em âmbito administrativo, sem ferir o princípio da legalidade administrativa.

Além disso, no estudo de caso propor-se-á que a vinculação do INSS aos precedentes do STF na matéria é capaz de trazer economia de enorme soma aos cofres públicos, tendo em vista que as negativas em âmbito administrativo – pautadas em uma legalidade restrita – produzem uma corrida ao judiciário, em razão da aludida disparidade de posicionamentos do INSS e do STF sobre os critérios de concessão do LOAS.

Por fim, será demonstrado que a atual postura da Administração Pública, ao não observar os precedentes exarados pelo STF, fere diversos princípios constitucionais, prejudicando a consecução dos direitos sociais e dos objetivos da República, bem como da realização democrática, uma vez que coloca em xeque diversos fundamentos do Estado Democrático de Direito, em especial, a cidadania e a dignidade da pessoa humana⁵.

⁵ “Um dos fundamentos do Estado Democrático é o que está explícito no parágrafo único do artigo 1º ‘todo o poder emana do povo’. É vago e genérico o dispositivo, se não entendermos a realidade sociológica da sociedade política. O povo não é um bloco monolítico, mas uma síntese de pequenas sociedades, imbricadas umas nas outras, a começar pelas famílias, seguindo pelas associações de classe, os sindicatos, as entidades religiosas, as categorias econômicas e dezenas de outros grupos menores. A Nação deve ser a síntese de todas essas entidades que, juridicamente, se representam no Estado. Há, pois, como no organismo biológico, a diversidade na unidade. Isso é o que se poderia designar como um pluralismo social. A harmonia resulta do

2 TEORIA GERAL DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Nesse capítulo trataremos da teoria geral dos precedentes judiciais a partir dos sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law*, tendo em vista que a compreensão dos principais conceitos e ideias, bem como da evolução histórica dessa teoria e do constitucionalismo, é essencial para o entendimento do momento presente, em que a discussão do efeito vinculante dos “precedentes”, em sentido amplo, encontra-se cada vez mais em voga, especialmente após o tratamento dado ao tema pelo novo CPC/2015. De igual sorte, o estudo do regime jurídico dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil tem relevância, já que os princípios que lhe servem de base também são válidos para a Administração Pública. Por fim, em razão do destaque que se dá ao Supremo Tribunal Federal enquanto criador de precedentes vinculantes, o estudo do significado de precedente para o STF é imprescindível para a delimitação do papel da Administração Pública diante da jurisdição constitucional.

2.1 CONSTITUCIONALISMO, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E APROXIMAÇÃO DOS SISTEMAS *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*: UM SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL

Segundo Chiovenda (2000, p. 3) jurisdição é a “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos”. A jurisdição, seria, portanto, uma das funções estatais, e responsável pelo cumprimento da lei, tornando efetivo o direito. Em outras palavras, jurisdição é um poder-função-dever do Estado, que delega a juízes e tribunais, por força de uma Constituição, poderes para a solução das lides que lhe são submetidas a julgamento, a fim de tornar efetiva a Lei.

A jurisdição constitucional, por sua vez, diz respeito à proteção das liberdades públicas e dos direitos sociais, através de remédios constitucionais tais

fato de que cada segmento realiza a sua função específica, com a sua autonomia, porém sem perder o sentido do todo. Cada cidadão detém parcela do poder do Estado, dentro de seu grupo; por isso, ‘todo poder emana do povo’. Mas o cidadão, para participar na vida do Estado, não pode fazê-lo isoladamente; precisa de instrumentos e meios”. (SILVEIRA NETO, 1989, p. 33).

como a Ação Popular, o Mandado de Segurança, etc., e do controle de constitucionalidade. No Brasil, tal controle se dá pelos modelos difuso-concreto⁶ e concentrado-abstrato⁷, tendo em vista que o sistema jurídico dispõe preponderantemente de mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. Ou seja: por atribuição constitucional, o Brasil adota o sistema jurisdicional⁸ de controle de constitucionalidade, sendo, portanto, o Poder Judiciário o responsável principal pelo controle de constitucionalidade, ainda que não de maneira exclusiva, tendo em vista o princípio da Separação de Poderes⁹. Há meios de controle de constitucionalidade na via legislativa/política, através do chamado Controle Político¹⁰. Contudo, a realização do controle de constitucionalidade fora da esfera do Poder Judiciário não é comum, e isso se dá por razões históricas, como será visto a seguir. (FERREIRA, 2017).

Segundo Serau Junior (2011, p. 30) o constitucionalismo moderno mostra-se como instrumento mais eficaz na proteção e na garantia dos direitos fundamentais do que seus antecedentes histórico-filosóficos (especialmente em relação à tradição

⁶ O controle difuso-concreto é caracterizado pelo poder dado a todo e qualquer juiz ou tribunal de realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição.

⁷ O controle concentrado-abstrato, por sua vez, se dá por meio de ações específicas, quais sejam: a) Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica – ADI ou ADIn (art. 102, inc. I, a, CF/88); b) Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva – ADIn Interventiva (art. 36, inc. III, CF/88); c) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADIn por Omissão (art. 103, § 2º); d) Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADECON ou ADC (art. 102, inc. I, a, *in fine*, CF/88); e) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (art. 102, § 1º, CF/88).

⁸ Temos, também, o Controle Preventivo de Constitucionalidade, que pode ser feito pelos Poderes Legislativo e Executivo. O Controle Preventivo de Constitucionalidade feito pelo Poder Judiciário diz respeito ao devido processo legislativo. No Legislativo, há o controle realizado pelas Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), em que o Poder Legislativo verifica se o projeto de lei apresentado possui algum vício de inconstitucionalidade. Na Câmara dos Deputados o controle é exercido pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, de acordo com o estabelecido na Resolução da Câmara dos Deputados nº 20 de 2004. Já no Senado Federal, o controle é feito pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, de acordo com o artigo 101 de seu Regimento Interno.

⁹ Conforme Ataíde Junior (2013): “O princípio da separação dos poderes, que no Estado Legislativo acentuava a função legislativa, em detrimento das demais funções (ou ‘poderes’), passa a ser redimensionado na transição para o Estado Constitucional, no qual a lei ‘vem submetida a uma relação de adequação e, portanto, de subordinação, a um estrato mais alto de direito estabelecido pela Constituição’ [ZAGREBELSKY, G. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 7. ed. Madrid, Trotta, 2007. p. 34]. (ATAÍDE JUNIOR, 2013, p. 94) [...] “Consequentemente, no Estado Constitucional, deixa de haver ‘separação’ de poderes, para dar lugar a uma ‘harmonização’ de funções do Estado, visando a garantir a plena efetividade aos planos da Constituição.” (ATAÍDE JUNIOR, 2013, p. 95).

¹⁰ Normalmente, o controle político de constitucionalidade ativa, ou por ação, é exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo. Contudo, o controle de constitucionalidade, no Brasil, é preponderantemente exercido pelo Poder Judiciário.

jusnaturalista). Para o autor, “a organização constitucional dos poderes públicos não possui outro objetivo senão o de resguardar os direitos fundamentais, os quais são a ‘pedra de toque’ do constitucionalismo” (SERAU JUNIOR, 2011, p. 31). No mesmo sentido, Paulo Bonavides (2003, p. 80-82) assinala que o constitucionalismo se traduz não só na organização político-social da sociedade, sendo o atual modelo um conjunto de mecanismos normativos e institucionais desenhados num sistema jurídico-político historicamente determinado, que limitam os poderes do Estado e protegem os direitos fundamentais. Por fim Fioravanti (2013, p. 10), estudando os princípios fundamentais da Constituição Democrática, afirma que:

A democracia constitucional de hoje – aquela que vem sendo definida historicamente sob nossos olhos – não é mais uma democracia puramente parlamentar ou puramente popular, no sentido de uma democracia da vontade geral, que se constrói substancialmente segundo a regra da maioria. Antes do povo que escolhe a sua maioria e os seus representantes, há um povo que estabeleceu na Constituição as regras fundamentais da sua existência. Antes da diretiva política de maioria há a diretiva constitucional. Pode-se dizer de um modo um pouco enfático: o povo da Constituição prevalece sobre o povo da maioria. A Constituição, portanto, precede todos os poderes constituídos, incluindo o do legislador representante do povo soberano. Esta simples ideia, da supremacia da Constituição, é antigüíssima e, ao mesmo tempo, atualíssima, porque renovada pelo movimento constituinte geral [...].

Pulcinelli (2016, p. 29) salienta que, “a rigor, pode-se entender o constitucionalismo então como uma reflexão teórico-abstrata sobre como a sociedade pretende limitar e organizar o exercício do poder”. Segundo a autora, os instrumentos para a consecução desse desiderato são diversos, tais como: limitação do poder por meio do sistema de freios e contrapesos; estabelecimento de mandato determinado para os governantes; a previsão constitucional de uma abertura dialógica através de instrumentos de participação popular; a garantia do multiculturalismo ou mesmo, a consagração de direitos fundamentais, porque estes, em última análise, estabelecem finalidades para o poder público das quais ele não pode se afastar.

Dessa forma, a própria finalidade constitucional, o *telos* que a legitima e dá unidade de conteúdo, está na organização dos poderes sendo subordinada à garantia dos direitos fundamentais, o que asseguraria a sua legitimidade: os direitos

fundamentais, assim, seriam a norma fundamental que daria sentido à própria Constituição¹¹. (CAMPOS, 1956, p. 95).

Para Kelsen (2003, p. 125) “Constituição, lei, regulamento, ato administrativo e sentença, ato de execução, são simplesmente as etapas típicas da formação da vontade coletiva no Estado moderno”. O autor afirma, ainda, que jurisdição constitucional “é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais”.

Foram os Estados Unidos da América os responsáveis por idealizar e aplicar o chamado *judicial review of legislation* (Vide WALDRON, 2006), ou seja, o sistema difuso de controle de constitucionalidade, em que o juiz tem não só o poder, mas o dever de entregar ao jurisdicionado decisão compatível com os preceitos constitucionais, podendo decidir pela inconstitucionalidade de uma norma ou interpretá-la de forma a resguardar a Constituição.

Nessa seara, é necessário ressaltar a importância d’**Os artigos federalistas** (HAMILTON; MADISON; JAY, 2015)¹² para a construção do constitucionalismo atual: como após a independência dos Estados Unidos, em 1776, era necessária a criação de uma Constituição, houve a publicação de 85 (oitenta e cinco) artigos acerca do governo federativo, em que se delineou o sistema de *checks and balances*, a separação e limitação constitucional dos Poderes, a proteção às liberdades individuais; e, principalmente, a proteção da vontade do povo, sendo resguardada e declarada a supremacia da vontade do povo, na própria Constituição. De tal forma que os federalistas¹³ tiveram papel primordial no desenho do atual controle de constitucionalidade. Isso porque, o povo, na defesa dos interesses expressos na Constituição, passou a contar com o controle de um Poder sobre o

¹¹ Segundo Fioravanti (2013, p. 11): “Essa ideia de supremacia da Constituição renasce após a guerra para implementar uma virada radical, para assegurar a todos que agora existiria uma lei fundamental capaz de impedir que se reafirmassem, no futuro, as condições para um retorno ao recente passado ditatorial. Este é o primeiro significado da Constituição democrática, ou seja, de garantia, de limite”.

¹² Ver, especialmente, **Federalist nº 1. General Introduction for the Independent Journal**. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed01.asp>. Acesso em: 12 jan. 2018.

¹³ Vide, nesse sentido, **Federalist nº 48. These Departments Should be so far separated as to have no Constitutional Control Over Each Other**. From the New York Packet. Friday, February 1, 1788. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed48.asp>. Acesso em: 12 jan. 2018.

outro¹⁴, sendo possível, por exemplo, a intervenção do Poder Judiciário nos atos do Executivo ou do Poder Legislativo, a fim de se evitar a atuação abusiva, i.e., aprovação de lei ou prática de ato administrativo ilegal¹⁵. Daí também se percebe que os federalistas promoveram o fortalecimento e o protagonismo do Poder Judiciário¹⁶, de forma que, com o sistema de freios e contrapesos se pudesse garantir, em primeiro lugar, a supremacia da Constituição, bem como, a liberdade individual. Nesse sentido, os federalistas ressaltaram a importância do papel dos juízes, que, por meio da jurisdição constitucional, devem garantir os Direitos Fundamentais e a proteção das minorias, de tal forma que não haja diminuição de Direitos pela vontade da maioria ou por arbitrariedades advindas dos Poderes Legislativo e Executivo.

Acerca da história da jurisdição constitucional é importante ressaltar que Kelsen (2003, p. VIII) defendeu a criação de um órgão jurisdicional – a Corte Constitucional – o único competente para exercer o controle de constitucionalidade dos atos do legislativo e do executivo, segundo um modelo exclusivo de “controle concentrado” que se estendeu posteriormente a várias Constituições europeias. Kelsen, a fim de justificar a criação de tal Corte, afirmou que “a jurisdição constitucional seria um elemento do sistema de medidas técnicas que teria por fim garantir o exercício regular das funções estatais” (KELSEN, 2003, p. VIII). Assim, por meio do controle concentrado de constitucionalidade, pretendeu estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Kelsen, porém, não chegou a idealizar o sistema de controle difuso de constitucionalidade.

¹⁴ É de Montesquieu a ideia de separação dos Poderes, mas os EUA criaram o modelo de Federalismo com o controle entre os Poderes.

¹⁵ Cf. Maliska (2017): “O direito constitucional é um ramo do conhecimento jurídico que tem por objeto a vida política de um país, na forma como ela é concebida e regulamentada no texto constitucional. Desde a Revolução Francesa o conteúdo da Constituição está relacionado às noções de Separação dos Poderes e Direitos Fundamentais. Há, portanto, um conteúdo para as Constituições desde então. Em maior ou menor medida os países tendem a adotar textos constitucionais com essas características. O Brasil segue essa formalidade constitucional desde a sua primeira Constituição em 1824.”

¹⁶ Vide Barbosa (2002, p. 1) “O Estado Liberal, assentado na teoria da separação de poderes, tem-se desenvolvido de forma não linear, privilegiando a atuação de um ou outro poder em cada momento histórico, tendo-se formado sobre forte impacto do Poder Legislativo, evoluído no sentido de demandar uma maior atuação do Poder Executivo, para finalmente privilegiar o Poder Judiciário, a quem se atribuiu em muitos países, principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial, a função de garantidor não apenas dos direitos individuais clássicos do liberalismo, mas também aqueles de segunda e terceira gerações que ilustram estas últimas décadas.”

Ainda, lançando o olhar ao pós-guerra, destaca-se a importância das Constituições europeias que não se limitavam mais a apenas estabelecer competências, estruturar os poderes públicos e definir alguns direitos fundamentais, mas passaram a conter as chamadas normas programáticas¹⁷, bem como, passaram a adotar conceitos indeterminados¹⁸, sendo que os juízes deveriam interpretar esses conceitos por meio dos princípios constitucionais, tornando o *abstrato* em direitos concretos. (LYNCH, MENDONÇA, 2017, p. 977-978). Essa necessidade de abertura do texto constitucional trouxe, portanto, um novo papel ao juiz, que deixa de ser mera “boca da lei¹⁹”, sendo responsável, inclusive, pelo controle de constitucionalidade.

Assim, historicamente, o Brasil importou a sua noção de controle concreto de constitucionalidade dos ideários europeus do constitucionalismo pós-guerra²⁰, que buscaram analisar de forma objetiva a compatibilidade do ato estatal ao preceito constitucional, passando a adotar, também, o controle difuso de constitucionalidade idealizado pelos norte-americanos a partir da Constituição de 1891. Entretanto, a doutrina majoritária entende que foi a Constituição de 1988²¹ a responsável pelo

¹⁷ Normas programáticas são aquelas que trazem os objetivos a serem cumpridos pelos órgãos estatais (legislativo, executivo, judiciário e administrativo) para a realização dos fins sociais do estado. São exemplos de normas programáticas os artigos 6º, 196 e 205 da Constituição Federal de 1988

¹⁸ “Tanto as cláusulas gerais, quanto os conceitos legais indeterminados são elementos normativos de conteúdo vago e impreciso, carecendo de integração pelo intérprete. A diferença é que, no caso dos conceitos legais, a consequência jurídica é prevista pela norma, ao passo que as cláusulas gerais permitem ao juiz preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta.” (FILIPPO, 2015, p. 447).

¹⁹ Conforme Barboza (2005, p. 163): “No positivismo era possível aceitar que as normas escritas trouxessem em si sentido único, objetivo e determinado para todas as situações; era possível também acreditar que o intérprete era mero revelador do conteúdo preexistente na norma. Portanto, os limites ao papel interpretativo do Judiciário já se encontravam na própria norma escrita, não lhe sendo admitido qualquer criatividade em sua concretização. O constitucionalismo rompe com essa visão tradicional ao estabelecer a supremacia dos direitos humanos. Essas normas, dotadas de conteúdo moral e aberto, fornecem apenas o início de solução, não sendo possível que na sua exteriorização escrita existam todos os elementos para formação do seu sentido. [...] a consequente opção pelo constitucionalismo por diversos países, colocou os direitos humanos no centro do debate jurídico, transferindo questões de conteúdo moral e político ao Judiciário.”

²⁰ Chamado por alguns autores de “neoconstitucionalismo”, geralmente identificado como a teoria constitucional elaborada a partir da década de 1970, tendo por referência o conjunto de textos constitucionais europeus surgidos depois da segunda guerra. (LYNCH, MENDONÇA, 2017, p. 977).

²¹ “Foi com base no modelo americano que a Constituição brasileira de 1891 adotou o federalismo e o presidencialismo, bem como deu aos juízes o poder de declarar a inconstitucionalidade dos diplomas legislativos e dos atos executivos, tendo em vista que no topo do poder, ao lado do Presidente e do Congresso, apontava-se como a mais original das instituições americanas, garantidora, através do gênio de seus juízes, da adaptação da Constituição às novas realidades em perpétua mudança, a Corte Suprema, esta que serviu de paradigma ao Supremo Tribunal Federal brasileiro”. (GAIO JR., 2016, p. 354).

novo papel dado aos Poderes em sede de controle de constitucionalidade. No Brasil se adota, portanto, o sistema misto de controle de constitucionalidade, ou seja, todo juiz pode deixar de aplicar uma determinada lei ao fato concreto caso repute-a inconstitucional, sendo possível, inclusive, que aplique a lei interpretando-a conforme a Constituição, mesmo que isso signifique alterar o sentido original da norma²².

²² Nesse sentido, é importante destacar o estudo de Iam Cram (2007) acerca do princípio da legalidade no *common law*. Para o autor, os direitos fundamentais não podem ser revogados por lei, havendo a supremacia dos direitos humanos, acima das leis emanadas pelo Legislativo, de tal forma que a interpretação legal e constitucional deve ser feita sob o prisma dos direitos fundamentais: *"Commitment to the concept of human rights is a defining characteristic of western democracies' constitutionalism in the post Second World War era. The ideals of individual freedom and the equal worth and dignity of all persons enjoy a hitherto unimagined level of endorsement in national legal systems as well as in the international legal system. Of course, it is a matter for each state to decide how best to protect these ideals, bearing mind the distinct historical traditions and practices that are to be found at home. (119) Nonetheless, the assertion by Lorraine Weinrib in an article about the Canadian Charter of Rights and Freedoms (120) that "democracy in the multicultural, constitutional state can no longer amount to the election of a temporary, all powerful government, sustained by and sustaining the cultural preferences of the historical majority," (121) may also be thought to capture a key feature of the new constitutional settlement in the United Kingdom. The argument in this article has been that, although technically repealable, the Human Rights Act is best understood as stating a new constitutional relationship between Parliament and the courts in which each is able to make a distinctive contribution to the furtherance of rights protection. In this new constitutional order, democratic decision-making does not simply mean securing the approval in legislatures of temporary political majorities. (122) Instead, there now exists a more rounded understanding of constitutionalism in which the courts share in the task of policing the boundaries of a rights-based democracy with the legislature and executive. The evidence presented in this article points to a rather sophisticated understanding on the part of the courts of the possibilities and limits of judicial contributions to rights protection. The first six years of the Act's operation reveal a nuanced, flexible jurisprudence that allows for robust judicial protection of rights through strained interpretation in certain cases, while opting for declarations of incompatibility in others. In the case of the latter, a review of legislative aftermaths indicates that this weaker form of dialogue has proved capable not only of forcing both the executive and legislature to take matters of principle seriously, but, on a number of occasions, of prompting the amendment of the offending statutory provisions. Talk of "judicial overkill" has thus been shown to be wide of the mark. By contrast, the Lord Chancellor's prediction in 1997 of a new era of dynamic cooperation between the courts, executive, and Parliament has been proved right, even if, at that time, he understated the role that would be played by section 4 of the 1998 Act."*

“O compromisso com o conceito de direitos humanos é uma característica determinante do constitucionalismo das democracias ocidentais na pós-Segunda Guerra Mundial. Os ideais da liberdade individual, a igualdade e dignidade de todas as pessoas gozam de um nível de aprovação até então inimaginável nos sistemas jurídicos nacionais, bem como no sistema jurídico internacional. Claro, é uma questão para cada estado decidir qual a melhor maneira de proteger esses ideais, tendo em mente as tradições e práticas históricas distintas que se encontram em casa. (119) No entanto, a afirmação de Lorraine Weinrib em um artigo sobre a Carta Canadense dos Direitos e Liberdades (120) de que "a democracia no estado multicultural e constitucional não pode mais ser a eleição de um governo temporário e poderoso, sustentado por e sustentando as preferências culturais da maioria histórica", (121) também pode ser considerada uma característica fundamental do novo acordo constitucional no Reino Unido. O argumento neste artigo foi que, embora tecnicamente revogável, o *Human Rights Act* é melhor entendido como declarando uma nova relação constitucional entre o Parlamento e os tribunais em que cada um é capaz de dar um contributo distintivo para a promoção da proteção de direitos. Nessa nova ordem constitucional, a tomada de decisão democrática não significa simplesmente garantir a aprovação em legislaturas de maiorias políticas temporárias. (122) Em vez disso, existe agora

Nas palavras de Marinoni (2016, p. 57):

A lei passa a encontrar limite e contorno nos princípios constitucionais, o que significa que deixa de ter apenas legitimação formal, restando substancialmente amarrada aos direitos positivados na Constituição. A lei não mais vale por si, porém depende da sua adequação aos direitos fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, torna-se exato agora afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais. (MARINONI, 2016, p. 57).

Barroso (2007, p. 4) afirma que foi a Constituição de 1988 a responsável pelo renascimento do Direito Constitucional brasileiro, propiciando o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana²³ do País. Nas palavras do autor: “Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração”. Para ele, a Constituição de 1988 foi capaz de promover o Estado Democrático de Direito²⁴.

uma compreensão mais acertada do constitucionalismo em que os tribunais compartilham a tarefa de policiar os limites de uma democracia baseada em direitos com o legislativo e o executivo. A evidência apresentada neste artigo aponta para um entendimento bastante sofisticado por parte dos tribunais das possibilidades e limites das contribuições judiciais para a proteção de direitos. Os primeiros seis anos da operação da Lei revelam uma jurisprudência matizada e flexível que permite uma proteção judicial robusta dos direitos através de interpretação severa em certos casos, ao optar por declarações de incompatibilidade em outros. No caso deste último, uma revisão das consequências legislativas indica que essa forma mais fraca de diálogo provou ser capaz não só de forçar tanto o executivo quanto o legislativo a tomar questões principiológicas a sério, mas, em várias ocasiões, de motivar a alteração das disposições legais ofensivas. A conversa sobre o “excesso de justiça” foi, assim, demonstrada como sendo amplificada. Por outro lado, a previsão de Lord Chanceler em 1997, demonstra uma nova era de cooperação dinâmica entre os Tribunais, o Executivo, e o Parlamento mesmo que, naquela época, se tenha subestimado o papel que seria interpretado pela seção 4 do ato de 1998”. (tradução nossa).

²³ Vide Maliska (2017). O autor traz uma série de questionamentos, em especial no que se refere a atual crise institucional brasileira (2017): “Há uma cultura constitucional no Brasil? O direito constitucional no Brasil está mais para um conjunto de formalidades constitucionais que funcionam muito precariamente no mundo real, ou é possível sustentar que o constitucionalismo no Brasil criou raízes, está incorporado na vida política, social, econômica e cultural dos brasileiros? O constitucionalismo no Brasil se expressa espontaneamente no agir das pessoas e das instituições, ou é mais uma retórica formal utilizada segundo as conveniências do momento político, econômico e social que vive o país?”. Para o autor “o momento político, econômico e social atual vivido no Brasil exige reflexões dessa natureza. Sem dúvida o Brasil se encontra em sua pior crise na vigência da Constituição de 1988 e reflexões sobre a efetividade do texto constitucional necessitam ser realizadas. A crença no papel decisivo do jurista na efetividade da constituição parece hoje demonstrar não ser suficiente. É necessário mais. A constituição depende de elementos de base, que não se encontram em seu texto, mas na realidade constitucional.”

²⁴ Há aqueles que pensam em sentido contrário: veja, por exemplo a tese de Heloisa Camara (2017), onde a autora demonstra que, mesmo no período da Ditadura Militar, houveram intensos debates na busca do sentido do constitucionalismo, não tendo sido a Constituição mera coadjuvante. Ver, também, Lynch e Mendonça (2017, p. 974-1007). Os autores revisitam criticamente as teorias de base do constitucionalismo da efetividade, sugerindo que há nele a incorporação ideológica da noção de força normativa da Constituição (Hesse), além da pretensão

Segundo o autor, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988, sendo que a causa determinante foi a ampliação do direito de propositura²⁵. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental (BARROSO, 2007, p. 9).

Percebe-se, portanto, que o Brasil criou um sistema jurisdicional com maior participação do Poder Judiciário²⁶, e com o protagonismo do Supremo Tribunal

de fundar um constitucionalismo “verdadeiro” (Faoro), de tal forma que esses métodos acabaram por relegar a história constitucional brasileira a segundo plano. Os autores sugerem que se leve a história constitucional a sério, tanto por seu valor crítico quanto por sua potencialidade hermenêutica, a fim de haja um neoconstitucionalismo mais consistente. Por fim, os autores criticam a falta de conhecimento da história constitucional brasileira.

²⁵ Sobre a ampliação do direito de propositura ver Arantes (1999). Para o autor: “O Ministério Público brasileiro está passando por um importante processo de reconstrução institucional que, associado à normatização de direitos coletivos e à emergência de novos instrumentos processuais, tem resultado no alargamento do acesso à Justiça no Brasil e, em especial, na canalização de conflitos coletivos para o âmbito judicial. O Ministério Público tem sido o agente mais importante da defesa de direitos coletivos pela via judicial e, dado que os conflitos relativos a tais direitos têm geralmente conotação política, pode-se dizer que também tem impulsionado um processo mais amplo de judicialização de conflitos políticos e, no sentido inverso, de politização do sistema judicial.

Esse duplo movimento de judicialização/politização tem balizamentos jurídicos e políticos. Do ponto de vista legislativo, desde pelo menos o início dos anos 80, temos assistido a um importante processo de normatização de direitos que, em função de sua natureza difusa e/ou coletiva, encontravam-se até então excluídos do ordenamento jurídico brasileiro. Refiro-me especialmente a áreas como meio ambiente, patrimônio histórico e cultural e direitos do consumidor, num primeiro momento. Em seguida, essa normatização ampliou-se em direção ao patrimônio público e ao controle da probidade administrativa, até chegar aos serviços de relevância pública que envolvem direitos fundamentais como saúde, educação, trabalho, segurança, lazer etc. O instrumento capaz de ensejar a defesa judicial de tais interesses e direitos – a ação civil pública – teve sua existência legal regulamentada em 1985.

Do ponto de vista político, a redemocratização do país produziu forte impacto sobre o sistema de justiça. De um lado, a demanda por justiça, em grande parte represada nos anos de autoritarismo, inundou o Poder Judiciário com o fim dos constrangimentos impostos pelo regime militar ao seu livre funcionamento. De outro, a democratização e o retorno ao Estado de direito recolocaram a necessidade de juízes e árbitros legítimos para decidir eventuais conflitos entre sociedade e governo e entre os poderes do próprio Estado. Este papel foi atribuído em grande medida ao Poder Judiciário.

A Constituição de 1988 representa um marco jurídico e político desse processo. Ela consolidou em norma fundamental mudanças legislativas anteriores, na área dos direitos difusos e coletivos, além de fornecer as bases para a ampliação da codificação de novos direitos transindividuais. Ela também arremessou as instituições judiciais à esfera política quando ampliou as formas de controle judicial da constitucionalidade de atos normativos do Executivo e de leis do Parlamento.^[1] Foi além nesse sentido quando retirou o Ministério Público da alçada do Poder Executivo, conferindo-lhe autonomia administrativa e independência funcional, deslocando-o da tarefa de defender o Estado para a condição de fiscal e guardião dos direitos da sociedade.”

Nota do autor: ^[1] Analiso o sistema de controle constitucional brasileiro em Arantes (1997).”

²⁶ Acerca dessa particularidade, Marinoni (2009, p. 42) reflete sobre o papel dos magistrados: “O fato de o controle da constitucionalidade poder ser feito por qualquer juiz ou tribunal, e não apenas por um Tribunal Constitucional, confere ao juiz brasileiro uma posição de destaque no

Federal, surgindo, daí, a necessidade de observância de grande racionalidade e critérios para a criação da jurisprudência. Afinal, se os Tribunais divergem entre si, fica evidente a falta de coerência dos órgãos jurisdicionais, pois a falta de coerência das decisões decorre de um tratamento desigual dado aos jurisdicionados, ferindo-se a isonomia, comprometendo-se a segurança jurídica – corolário do Estado Democrático de Direito²⁷ –, violando-se o princípio da igualdade e colocando-se em xeque o princípio Republicano²⁸, e, em última análise, a própria democracia. Isso porque a igualdade é primordial para a consecução dos objetivos da democracia, especialmente no que se refere à consecução de políticas universais²⁹. A falta de coerência decorre, em grande medida, de uma errônea aplicação de

civil law. Ao contrário do que ocorre em grande parte do direito continental europeu, em que o controle da constitucionalidade não é deferido à “magistratura ordinária”, todo e qualquer juiz brasileiro tem o poder-dever de realizar o controle da constitucionalidade nos casos concretos. Isto confere ao sistema judicial brasileiro uma grande particularidade, na medida em que o juiz de 1º grau de jurisdição, ao decidir os casos concretos, tem o poder de negar a lei desconforme a Constituição, assim como de dar sentido judicial à lei por meio das técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade, além de suprir a omissão do legislador em face dos direitos fundamentais. Trata-se de um poder de ampla latitude, que faz do juiz brasileiro uma figura que em nada se assemelha ao magistrado da tradição do *civil law*.”

²⁷ Conforme se depreende do Preâmbulo da CF/88: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a *segurança*, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a *justiça* como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”. (grifo nosso).

²⁸ O princípio republicano está previsto no artigo 1º da CF/88:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Segundo Montesquieu o governo republicano é “aquele em que o povo, como um só corpo ou somente uma parcela do povo, exerce o poder soberano. Quando em uma república, o povo, formando um só corpo, tem o poder soberano, isso vem a ser uma democracia”. (MONTESQUIEU, 2002, p. 23). Conforme se depreende da própria redação constitucional, o princípio Republicano se confunde com as características da República, sendo a base do Estado brasileiro.

²⁹ Conforme Fioravanti (2013, p. 12): “É em nome dos direitos da pessoa e do princípio da igual dignidade social, na base do mesmo e único título, que se afirmam tanto a intangibilidade das liberdades pessoais, quanto os direitos em matéria social, o direito à assistência, à educação, à retribuição equânime e proporcional.”.

discrecionalidade, tanto por parte da Administração Pública quanto por parte dos próprios juízes, conforme será melhor explicado adiante.

Ressalte-se, inclusive, que a adoção pelo Brasil do sistema de controle concentrado e difuso de constitucionalidade, pensado a partir das fontes históricas supra aludidas, determina um limite aos juízes, não podendo aqueles decidirem como bem entenderem caso o próprio Supremo Tribunal Federal já tenha apreciado a matéria, seja em controle concentrado ou difuso, tendo em vista ser a Corte o órgão encarregado de dar a interpretação final³⁰ nas matérias constitucionais. Ou seja: não pode o juiz considerar uma lei constitucional quando o próprio STF a tenha declarado inconstitucional, ou, ao contrário, declarar a sua inconstitucionalidade quando a própria Corte a tenha declarado constitucional.

Miguel Godoy (2017, p. 98 e ss.), por outro lado, faz uma crítica à supremacia judicial, reivindicando a devolução ao povo do papel de protagonista na interpretação e aplicação da Constituição. O autor defende que a tarefa de efetiva interpretação da Constituição seja dividida entre os Poderes, os órgãos, as instituições e todos eles e o povo, da tal forma que se retiraria das cortes e se compartilharia a tarefa de interpretar a Constituição. Godoy (2015, p. 89) afirma que “a interpretação feita pelo Poder Judiciário é importante, mas deve ser encarada como mais uma, e não como a única correta”³¹.

Ou seja, para onde se olhe, há a preocupação com a manutenção da legitimidade da Constituição: tanto no sistema do *civil law* como no do *common law*, apesar das origens diversas, há a preocupação com a manutenção da coerência e proteção aos preceitos constitucionais³². De tal forma que a jurisdição brasileira

³⁰ Sobre o assunto, veja-se a discussão proposta por Conrado Hübner Mendes (2008): “O controle de constitucionalidade de leis sempre foi objeto de desconfiança da teoria democrática. Sob qual justificativa juízes não eleitos podem ter a última palavra sobre o significado de direitos fundamentais? [...] Alguns a responderam em favor desse arranjo, outros em defesa da supremacia do parlamento [...] a tese investiga uma saída alternativa para esse dilema, oferecida pelas ‘teorias do diálogo institucional’. Segundo essa corrente, a última palavra, na democracia, não existe. [...]”.

³¹ “Por outro lado, quando essas questões mais fundamentais são entregues ao Poder Judiciário para que ele decida em definitivo, qual é a interpretação adequada da constituição, esvaziam-se as competências e deveres dos representantes do povo e exclui-se o próprio povo dessa tarefa. Além disso, essa postura da supremacia judicial promove a irresponsabilidade dos legisladores, os quais diante de questões polêmicas e controversas se eximem de exercer sua função e delegam a decisão definitiva a Suprema Corte.” (GODOY, 2017, p. 99-100).

³² “O precedente judicial é um tema fascinante. Primeiramente, por uma razão muito simples: ele está presente em todo e qualquer sistema jurídico. Em qualquer país, independentemente da sua filiação a esta ou àquela família jurídica, a decisão de um caso tomada anteriormente pelo

atual, especialmente após a entrada em vigor do Código de Processo Civil em 2015, deixa transparecer um fenômeno que já vinha ocorrendo mesmo na vigência do Código do Processo Civil de 1973, qual seja, a aproximação dos sistemas de *civil law*³³ e *common law*³⁴ e a adoção de um sistema de ‘precedentes’.

A criação de um sistema de precedentes – que foi se desenhando mesmo antes da atual Constituição – e que está ainda tomando forma, bem como a recente importância que tem se dado ao tema, segundo Wambier (2012, p. 483 e ss.) decorre, muito provavelmente, do fato de que a mesma questão jurídica é decidida de formas diferentes por diversos tribunais brasileiros, o que confirma a hipótese supramencionada, de que a preocupação com a coerência do Judiciário não é algo novo; não é incomum, inclusive, que a mesma questão seja decidida de formas diferentes por um mesmo tribunal. Não raramente são os próprios Tribunais de cúpula, que deveriam dar a última palavra sobre o sentido da CF/88, que proferem decisões diferentes acerca da mesma questão de direito, além de alterarem a sua jurisprudência rapidamente³⁵⁻³⁶.

Judiciário constitui, para os casos a ele semelhantes, um precedente judicial. Apenas seus atributos, tais como seu poder criativo ou meramente declarativo, seu caráter persuasivo ou obrigatório, é que vão depender dos contornos atribuídos a ele pelo sistema jurídico estabelecido.” (SOUZA, 2013, p. 15).

³³ Para Barbosa (2002, p. 99-100): “Nos países da *civil law* a função da lei é outra. A norma é o elemento central do sistema, que vai permitir a análise dos fatos e a prestação jurisdicional devida. A organização e sistematização das normas, em códigos, buscam produzir um sistema jurídico completo e coerente, próprio do sistema romano germânico”.

³⁴ De acordo com Barbosa (2002, p. 48): “O desenvolvimento da *common law* enquanto um direito costumeiro, resultante dos costumes do povo inglês foi de tal forma transportada ao imaginário jurídico continental, que tornou-se usual apontá-la como uma das diferenças centrais entre os dois sistemas jurídicos tratados, afirmando-se ser a *civil law* um direito predominantemente legal, que tem, portanto como fonte primária do direito a lei, e o *common law* um direito consuetudinário, que teria como fonte primordial o costume. Esta é, no entanto uma ideia equivocada. O direito forma-se a partir do costume, mas ele é aquilo que o juiz diz que deve ser. Dito de outra forma, sua fonte primária não é o costume do povo inglês, mas as decisões tomadas pelos juízes nos casos que lhe são submetidos. Neste sentido, é um direito judiciário, e não um direito costumeiro [...]”.

³⁵ “Todavia, o sistema que prega a legislação, seja ela codificada ou não, como uma única fonte vinculante do direito, mostra-se, hoje, insuficiente, sobretudo no que diz respeito à necessária correspondência entre o que está previsto em tese na legislação e a realidade nos tribunais e juízos, especificamente nos brasileiros, seja no campo do direito material, seja no campo do direito processual. E mais: a crise por que passa o Poder Judiciário brasileiro atinge profundamente verdades que se têm por estabelecidas. Está na hora de se pensar em mudanças a partir de estudos sobre questões primordiais, como o precedente judicial”. (SOUZA, 2013, p. 18).

³⁶ Há, inclusive críticas ao STF no que se refere à discrepância de suas decisões. Conrado Hübner Mendes (2010) afirma que o Supremo se constitui de “11 ilhas”: “O aperfeiçoamento da deliberação colegiada do STF contribuiria para a qualidade do debate público. E o Supremo se apresentaria não somente como autoridade que toma decisões a serem obedecidas, mas

Nas palavras de Wambier (2012):

A preocupação com as decisões conflitantes dos tribunais superiores e, por conseguinte, dos demais órgãos do Judiciário, extrapolou a academia e se tornou preocupante para o operador de direito por três razões: a) o fenômeno passou a ser excessivamente frequente, somado a muitas bruscas mudanças de “opinião” dos Tribunais; b) muitas dessas decisões conflitantes são proferidas para resolver controvérsias que envolvem *questões de massa*. Nesse caso, a ofensa à isonomia é mais gritante e, portanto, intolerável; c) passou a ser escancaradamente visível o fato de que o princípio da legalidade, da isonomia, ficam inteiramente comprometidos e a necessidade de que haja segurança jurídica e certa dose saudável de previsibilidade tornam-se irrealizáveis no plano empírico, nesse contexto. (WAMBIER, 2012, p. 483-484). (grifos no original).

Ou seja: o excesso de decisões conflitantes deu azo às discussões sobre a necessidade do desenvolvimento de formas de manter a coerência das decisões (por exemplo, com a adoção de súmulas vinculantes), daí porque a utilização de um sistema de precedentes – ainda em construção – traz a possibilidade de um diálogo entre o povo, o Judiciário e a Administração Pública, conforme proposto por Godoy (2017), especialmente no que se refere aos direitos fundamentais sociais e a consecução de políticas públicas, tendo em vista que se tratam de normas abertas cuja aplicação exige justamente a interpretação e, conseqüentemente, repita-se, o diálogo entre povo, judiciário e Administração Pública. De tal forma que a criação do precedente nessas matérias é forma de garantir a isonomia entre os cidadãos e a integridade na prestação estatal de políticas públicas.

Nesse contexto em que o tema dos precedentes ganha destaque, especialmente pela necessidade da tutela igualitária de direitos, importante o estudo

também como fórum que oferece razões a serem debatidas. Criaria uma oportunidade de reforçar sua legitimidade. O STF não é infalível. Seus erros, assim como acertos, integram o processo de aprendizado democrático. Errando ou acertando, contudo, não pode se dar ao luxo de sonegar razões claras e colegiadas que possamos desafiar, recusar ou apoiar. Não pode continuar a se proteger por trás de sua filosofia decisória ‘historicamente consolidada’, de um emaranhado de opiniões individuais que não fazem, aparentemente, esforço para convergir. A celebração de um tribunal ‘descolegiado’, ao invocar passivamente tal tradição como álibi, é perniciosa para o Estado de Direito.”

da teoria do *stare decisis*³⁷ surgida nos países de tradição do *common law*³⁸, em que os precedentes exarados por um tribunal superior vinculam todos os demais órgãos jurisdicionais inferiores, e que tem exercido grande influência no ordenamento jurídico brasileiro (BARBOZA, 2011)³⁹, a partir do que já ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos, em que a decisão da Suprema Corte a respeito de questões constitucionais é capaz de vincular juízes e tribunais, com eficácia *erga omnes*.

Segundo Barboza (2005, p. 164 e ss.) “a doutrina do *stare decisis* traz a ideia de que os precedentes devem ser seguidos quando, em casos subsequentes, os fatos materiais mais relevantes são os mesmos”. Esta doutrina é a base dos sistemas jurídicos de *common law*, tais como o que se adota na Inglaterra, Estados Unidos, Canadá etc.

Para Barboza (2005, p. 23), o fenômeno não ocorre apenas no Brasil: há uma tendência mundial a caminho da “Juristocracia”⁴⁰, com o protagonismo do Poder Judiciário na tomada de decisões acerca de casos importantes não só nos sistemas de *common law*, mas também nos sistemas de *civil law*, tendo em vista que não se pode pretender segurança jurídica tomando-se por base apenas o que está escrito nos textos normativos. Para a autora, o Poder Judiciário, ao decidir com base em princípios e a fim de garantir proteção aos Direitos Fundamentais, pode afastar a

³⁷ O termo tem raiz no brocardo latino *stare decisis et non quieta movere* (“mantenha-se a decisão e não ofenda o que foi decidido”). A teoria tem seus prós e contras, conforme informa Souza (2013, p. 19): “As desvantagens e as vantagens apontadas na teoria do *stare decisis* são pormenorizadamente discutidas. De um lado, a rigidez, a complexidade, as distinções ilógicas, a morosidade no aperfeiçoamento, a ofensa ao princípio da persuasão racional do juiz e a ofensa ao princípio da separação de poderes; do outro, a estabilidade, a previsibilidade ou certeza do direito, a precisão, a celeridade, o aprimoramento do trabalho decisório do juiz e a igualdade – fundamento derradeiro de justiça.

³⁸ “[...] o *common law* é um corpo de regras prescrevendo conduta social que se aplica pela jurisdição real, salvo nos casos de jurisdição especial, nos quais o reconhecimento do costume local, ou liberty, é admitido pela corte real”. (ABBOUD, 2014, p. 287).

³⁹ Para Abboud (2014, p. 289) “[...] nunca existiu uma barreira indevassável e intransponível entre as duas tradições jurídicas, bem como permite esclarecer que a possível relação entre os dois sistemas existiu desde sempre não se tratando de fenômeno recente apto a justificar modismos como uma espécie de ‘commonlização’ de nosso direito ou a instituição de precedentes em nosso ordenamento.”

⁴⁰ O termo é utilizado pela autora conforme entendimento de Hirschl, para quem juristocracia significa o “movimento de judicialização da política decorrente das reformas constitucionais que ocorreram em diversos países e que, a partir desse novo modelo constitucional, deu poderes sem precedentes ao Poder Judiciário, transformando os tribunais em importantes órgãos de tomadas de decisões políticas”. (HIRSCHL^[1] *apud* BARBOZA, 2011, p. 23).

[1] HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Harvard University Press, 2004.

aplicação da lei, criando um sistema de precedentes e dando nova dimensão à jurisprudência⁴¹. (BARBOZA, 2011, p. 23)⁴².

Isso porque, conforme Fioravanti (2013, p. 11), os Direitos Fundamentais possuem caráter inviolável, sendo o valor primário da Constituição o de garantia. “Garantia de uma esfera inviolável que não pode ser arbitrariamente invadida pelo poder político ou por outra forma de poder sobrestante que possa ameaçar a integridade da pessoa”. De tal forma que o texto constitucional, na medida em que garante num texto aberto e de forma abstrata os Direitos Fundamentais, necessita de um trabalho interpretativo, que acaba sendo feito pelo Poder Judiciário. Tal papel conferido a esse Poder exige o diálogo com o Povo, não havendo que se falar em “última palavra”⁴³, tendo em vista o princípio democrático.

Como disposto por Marinoni, (2016, p. 31), não se deve confundir *common law* com *stare decisis*. O *common law* existiu por vários séculos sem *stare decisis*, sendo este último um instrumento para garantir a coerência interna do próprio Poder Judiciário. Para o autor, o *stare decisis* constitui apenas um elemento moderno do *common law*, tendo sido primordial para o desenvolvimento do mesmo.

Para Oliveira (2016, p. 47-48), o *stare decisis* é mais abrangente do que o precedente e teria como vantagens a justiça da decisão, a previsibilidade, a eficiência do processo e a estabilidade. Para o autor:

⁴¹ De outro lado, há aqueles que se preocupam com o protagonismo do Poder Judiciário, alegando que os este vem trocando a lei por ponderação de princípios, como, por exemplo, Eros Grau para quem “juízes, desembargadores e ministros têm fugido de um princípio básico – julgar com base na lei – para aplicar ponderação entre princípios”. O ex-ministro argumenta haver a substituição do controle de constitucionalidade pelo controle da proporcionalidade da lei, o que seria uma profunda agressão à legalidade e à certeza jurídica, pois não haveria possibilidade de manter o Estado Democrático de Direito à margem do positivismo jurídico porque ele que mantém a democracia.” (GRILLO, 2017).

⁴² Marinoni (2009, p. 19) defende que o precedente não cria o direito, mas se *constitui* em Direito, já que a decisão do juiz da *common law* não tem a mesma força e qualidade do produto elaborado pelo Poder Legislativo. Isso porque a decisão não se equipararia à lei pelo fato de ter força obrigatória para os demais juízes. Contudo, segundo o autor “seria possível argumentar que a decisão, por ter força obrigatória, constitui direito”.

⁴³ Conforme Conrado Hübner Mendes (2008, p. 214): “Na separação de poderes, a interação é inevitável. A interação deliberativa é um ganho; a interação puramente adversarial, se não chega a ser uma perda, desperdiça seu potencial epistêmico. [...] A revisão judicial não precisa ser vista apenas como um dique ou uma barreira de contenção, mas também como um mecanismo propulsor de melhores deliberações. Não serve somente para (tentar) nos proteger da política quando esta sucumbe ao pânico ou irracionalidade, mas para desafiá-la e superar-se em qualidade”.

[...] a aplicação da doutrina do *stare decisis* tem como premissas e objetivos a uniformidade da aplicação do direito (igualdade), a previsibilidade da conduta jurisdicional e o respeito a decisões e entendimentos jurídicos passados, desde que não descontextualizados da realidade (estabilidade e segurança jurídica). (OLIVEIRA, 2016, p. 47-48).

Por sua vez, pode-se conceituar ‘precedentes judiciais’ como “resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, já foi resolvida uma vez por um tribunal noutro caso” (LARENZ, 2009, p. 611). Ainda, para Romão e Pinto (2015, p. 36):

[...] sob o prisma empírico, precedente é um pronunciamento judicial que serve de ponto de partida ou modelo para julgamento de casos subsequentes que tratem da questão semelhante, cuja eficácia (vinculante ou persuasiva) dependerá do ordenamento jurídico em que inserido. (ROMÃO; PINTO, 2015, p. 36).

Wambier (2012, p. 485), por sua vez, afirma que precedente é “uma decisão sobre um conflito existente entre Maria e João, que é seguida, obedecida e respeitada, no conflito posterior, igual, entre Silvio e Josefa”. A afirmação da autora é demasiadamente reducionista, mas serve para ilustrar o funcionamento do precedente, que deve seguir uma racionalidade. Evaristo Aragão Santos (2012, p. 143) entende que o precedente está expresso na *ideia* de uma decisão, de tal forma que a decisão, ainda que não dotada de força vinculativa formal, tendo potencial para influenciar na solução de casos futuros, pode ser considerada, de maneira ampla, como um precedente judicial.

Frise-se, porém, que nem toda decisão judicial é precedente. Assim como jurisprudência não é precedente⁴⁴. Para que seja considerado precedente, é necessário que a decisão possua razões que orientem outras decisões em casos análogos, promovendo a coerência da ordem jurídica, bem como, seja capaz de manter a segurança jurídica e o respeito à igualdade de todos perante o Direito – em última análise, o precedente é capaz de garantir legitimidade à ordem jurídica posta pela Constituição.

Importante destacar que, no Brasil, o ‘conceito de precedente’ e um sistema de precedentes estão ainda em formação, e têm se desenvolvido no próprio sistema

⁴⁴ Isso porque o precedente representa a singularidade de decisão, inaugurando o entendimento na seara jurídica, já a jurisprudência representa uma multiplicidade de decisões no mesmo sentido fático ou jurídico. (SANTOS, 2012, p. 146).

jurídico-processual brasileiro, com subordinação à Constituição Federal⁴⁵. A criação de institutos jurídico-processuais para o respeito a precedentes no direito brasileiro não é prática nova, vide, por exemplo, as súmulas, de tal forma que, aqui, “o precedente judicial precisa ser pensado a partir da nossa realidade”, e, a partir da nossa realidade, devem ser feitas as críticas necessárias. Contudo, desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, em que houve um alargamento da matéria, o sistema de precedentes brasileiro vem sofrendo uma enxurrada de críticas, como se tivesse sido “importado ontem” do sistema *common law*⁴⁶. Em realidade, o sistema de precedentes já utilizado no Brasil foi criado no sistema do *civil law brasileiro*, ainda que com influência de ideias estrangeiras, já que no mundo atual a circulação de ideias é rápida, e decorre muito mais de imposição legal do que de supostos modismos de práticas estrangeiras. Temos, portanto, um sistema de precedentes legitimamente brasileiro⁴⁷. (OLIVEIRA, 2016, p. 46-47).

Contudo, é importante notar que o sistema de precedentes não pretende retirar poderes do Legislativo, e nem diminui a necessidade da atividade legislativa. Nas palavras de Marinoni (2009, p. 19):

[...] ainda que se possa admitir que o *common law*, na sua origem inglesa, era complementado pelo Legislativo, [...] a existência de lei não se opõe ao

⁴⁵ “Na verdade, pelo menos em termos acadêmicos, o precedente judicial, na tradição do *civil law* (tradição romano-germânica ou continental), à qual o sistema jurídico brasileiro é filiado, foi indevidamente relegado a um segundo plano, uma vez que a legislação é a forma de produção jurídica por excelência. Diferentemente do que ocorre nos sistemas jurídicos filiados à tradição do *common law*, no qual o precedente constitui importantíssima fonte do Direito, de observância quase sempre obrigatória, sendo, por isso, um elemento caracterizador dessa tradição. Nos sistemas jurídicos filiados à tradição romano-germânica, vigora o primado da lei, fonte quase que exclusiva do Direito, considerando-se o precedente apenas como interpretação ou esclarecimento, meramente persuasivo, do direito vazado na legislação. E mais do que isso, já a partir do século XVIII, ocorre na Europa movimento codificador, que encontrou o seu ápice no Código Napoleônico e que foi precursor das muitas codificações modernas, granjeando o aplauso tanto de legisladores como de estudiosos do Direito, da época e de hoje”. (SOUZA, 2013, p. 17).

⁴⁶ Vide, sobre o assunto, Oliveira Júnior (2017).

⁴⁷ Destaca Dworkin (2010, p. 176): “A força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto uma peça de legislação.

Contudo, a inadequação de tal abordagem sugere uma teoria superior. A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo. Um precedente é um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuro.

Essa explicação geral da força gravitacional do precedente explica a característica que invalidou a teoria da promulgação das leis, aquela segundo a qual a força de um precedente escapa à linguagem do voto em que é formulado.”

common law, ou, mais importante ainda e bem mais fácil de ser visualizado, a profusão de leis não exclui a necessidade de um sistema de precedentes. (MARINONI, 2009, p. 19).

Tanto é assim que os próprios Códigos trouxeram cláusulas gerais e conceitos indeterminados, que acabam por depender da definição de seus significados pelo Poder Judiciário^{48,49}.

Nesse sentido, Mendes (2008, p. 213) afirma que “a democracia não é diferente de um ‘café filosófico’ porque precisa tomar decisões”, ou seja, há a necessidade de cooperação entre os Poderes e o Povo, de tal forma que há a responsabilidade coletiva pela busca da melhor resposta. Daí porque a corte pode ser um “catalisador deliberativo” no esforço para fazer da democracia “um regime que não apenas separe maiorias e minorias, estruture a competição política periódica e selecione as elites vencedoras e perdedoras, mas também seja capaz de discernir entre bons e maus argumentos.” O sistema de precedentes não pretende, portanto, criar uma espécie de ditadura do Judiciário – mas antes garantir legitimidade democrática – com a promoção de segurança jurídica e equidade.

Frise-se que tanto o *civil law* quanto o *common law* influenciaram um ao outro reciprocamente⁵⁰. Marinoni (2009, p. 11-58), acerca da aproximação entre os sistemas de *civil law* e *common law*, ressalta a necessidade de que haja no Brasil o respeito aos precedentes. Mesmo tendo o Brasil adotado o sistema do *civil law*, de

⁴⁸ “Tanto as cláusulas gerais, quanto os conceitos legais indeterminados são elementos normativos de conteúdo vago e impreciso, carecendo de integração pelo intérprete. A diferença é que, no caso dos conceitos legais, a consequência jurídica é prevista pela norma, ao passo que as cláusulas gerais permitem ao juiz preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta.” (FILIPPO, 2015, p. 447).

⁴⁹ Vide, por exemplo, a redação do artigo 581 do Código Civil:

Art. 581. Se o comodato não tiver prazo convencional, presumir-se-lhe-á o necessário para o uso concedido; não podendo o comodante, *salvo necessidade imprevista e urgente, reconhecida pelo juiz*, suspender o uso e gozo da coisa emprestada, antes de findo o prazo convencional, ou o que se determine pelo uso outorgado.

Veja-se que é necessária a atuação do judiciário para determinar o que seria “necessidade imprevista e urgente”.

⁵⁰ Para Streck e Abboud (2014, e-book), não há que se falar em uma aproximação entre os sistemas. Os autores tecem críticas à forma como os precedentes tem sido desenhados no Brasil em seu livro: “O que é isto: o precedente judicial e as Súmulas Vinculantes”: “Ao contrário do que possa transparecer, desde seus primórdios, as duas tradições jurídicas não estavam totalmente alheias às recíprocas influências. Por exemplo, o próprio Montesquieu ressalta ter extraído sua percepção acerca da divisão de poderes a partir da constituição inglesa. [...] nunca existiu uma barreira indevassável e intransponível entre as duas tradições jurídicas, bem como permite esclarecer que possível relação entre os dois sistemas existiu desde sempre, não se tratando de fenômeno recente apto a justificar modismos como uma espécie de *commonlização* de nosso direito ou a instituição do sistema de precedentes em nosso ordenamento”.

origem romano-germânica, que dá preferência à lei escrita, à codificação, é possível perceber, repita-se, que o Poder Judiciário já vinha se preocupando em manter uma certa padronização de suas decisões, em nome da segurança jurídica e da celeridade processual – vide, por exemplo, a criação das Súmulas Vinculantes, em 2004⁵¹, sendo que o Código de Processo Civil de 2015 ampliou tal necessidade de observância de precedentes, com objetivo de estabilizar a jurisprudência e imprimir efetividade ao processo, ao atribuir efeitos obrigatórios e gerais aos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em recursos extraordinários e especiais repetitivos (CPC/2015, art. 988, *caput* e § 5º⁵²), aos acórdãos produzidos pelos demais tribunais, em incidente de resolução de demandas repetitivas (CPC/2015, art. 928 e arts. 976 a 978) e em incidente de assunção de competência (CPC/2015, art. 947).

Assim, com a publicação e posterior vigência do novo Código de Processo Civil, os precedentes ganharam ainda mais relevância, sendo que as decisões reiteradas em casos julgados em instâncias superiores devem ser observadas pelas demais instâncias, como precedente vinculante, sob pena de cassação do entendimento divergente através de reclamação⁵³. Houve, portanto, a consolidação

⁵¹ Vide Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o artigo 103-A à Constituição Federal: “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.” (Incluído pela EC 45/2004).

A Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, regulamenta o artigo 103-A da Constituição Federal, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

⁵² CPC/2015.

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

[...]

§ 5º – É inadmissível a reclamação:

I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

⁵³ A reclamação é o remédio jurídico que assegura especificamente o efeito vinculante. Segundo Pinheiro Neto (2016, p. 225) “a reclamação é um instrumento que visa preservar a competência do Supremo Tribunal Federal a fim de garantir a autoridade de suas decisões em face de desrespeito plasmado em decisões judiciais ou ações ou omissões da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal”. Acerca da origem da reclamação constitucional, Lobo (2015, p. 134) assim explica: “A reclamação constitucional surgiu no direito brasileiro como uma construção jurisprudencial do STF, a partir da aplicação da teoria dos poderes implícitos do direito estadunidense. Essa teoria que tem origem na decisão da Suprema Corte Americana no caso *Mac Culloch versus Maryland*, sustenta que inexiste dispositivo na Constituição que exclua

do efeito vinculante, com natureza impositiva e com capacidade de obrigar não somente o Judiciário, mas especialmente os Poderes Legislativo e Executivo.

Nas palavras de Marinoni (2009, p. 19-20):

O *common law* considera o precedente como fonte de direito. Note-se, contudo, que quando um precedente interpreta a lei ou a Constituição, como acontece especialmente nos Estados Unidos, há, evidentemente, direito preexistente com força normativa, de modo que seria absurdo pensar que o juiz, neste caso, cria um direito novo. Na verdade, também no caso em que havia apenas costume, existia direito preexistente, o direito costumeiro. A circunstância de o precedente ser admitido como fonte de direito está muito longe de constituir um indício de que o juiz cria o direito a partir da sua própria vontade. Nesta perspectiva, a força obrigatória do precedente, ou a admissão do precedente como fonte de direito, não significa que o Judiciário tem poder para criar o direito.

[...]

O que permite dizer que o juiz do *common law* cria o direito é a comparação do seu papel com a do juiz da tradição do *civil law*, cuja função se limitava à mecânica aplicação da lei.

O fenômeno da aproximação entre os sistemas do *civil law* e *common law* se acentuou após a promulgação da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que a nova ordem constitucional trouxe uma maior preocupação da doutrina na busca da efetivação de direitos fundamentais sociais, bem como, houve o repensar da divisão dos Poderes, em detrimento do classicamente pensado por

poderes incidentais e implícitos, o que requereria que cada competência fosse minuciosamente descrita”.

Importante ressaltar que a Reclamação, por força do artigo 103-A da Constituição Federal, cabe, inclusive, em face de ato administrativo, *verbis*:

“§ 3º – Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

Por fim, a Reclamação tem objetivamente duas finalidades, quais sejam: preservar a competência do Supremo Tribunal Federal e garantir o respeito às decisões do Supremo Tribunal Federal, de tal forma que, inclusive a Administração Pública, deve observar as decisões proferidas pelo STF em sede de reclamação.

Embora o instituto da reclamação não seja novo, pois já era previsto constitucionalmente, o CPC/2015 ampliou o cabimento de reclamação nos artigos 988 a 993. Conforme Spadoni (2016, p. 510) “a reclamação é remédio que visa a garantir que decisões jurisdicionais sejam respeitadas e fielmente cumpridas”. O NCPC prevê o cabimento da reclamação para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante, julgamento do STF em controle concentrado de constitucionalidade, julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas e julgamento de assunção de competência. Ainda, se admite o cabimento de reclamação para observância de julgamentos proferidos em recursos especiais repetitivos ou de repercussão geral, quando já esgotadas as instâncias ordinárias.

De tal forma que todas essas decisões devem ser obrigatoriamente observadas pelos órgãos jurisdicionais e pelos Tribunais, tratando-se, portando, de precedentes de obrigatoriedade forte. (SPADONI, 2016, p. 511).

Montesquieu⁵⁴. No Brasil, não apenas por se adotar o sistema do *civil law*, o sistema de precedentes foi visto por alguns doutrinadores como uma indevida preponderância do Poder Judiciário sobre os demais Poderes⁵⁵, uma ameaça à divisão de Poderes e um risco ao sistema de *checks and balances* – o sistema de freios e contrapesos – que comprometeria a própria democracia. Isso porque tais autores, como Lenio Luiz Streck (2016a, 2016b), José Afonso da Silva (LÉLLIS, 2013) e Nelson Nery Junior⁵⁶ (POMBO, 2016), acredita(va)m que o sistema de precedentes poderia gerar o engessamento do Judiciário, trazendo uma situação de estagnação jurisprudencial, vez que não haveria alteração na jurisprudência. Ainda, esses autores temem pela “acomodação dos juízes”.

Ocorre que tais ideias foram fomentadas, em parte, pelo desconhecimento do próprio sistema de precedentes, ou pela desconfiança que paira sobre os juízes, com a crítica ao ativismo judicial⁵⁷ e ao fato de que não são democraticamente eleitos

⁵⁴ Entre os doutrinadores contrários a essa ideia estão Lenio Luiz Streck, Georges Aboudd e Eros Grau.

⁵⁵ Sobre a existência de afronta ao Princípio da Separação dos Poderes pela adoção de precedentes obrigatórios vide Thiago Baldani Gomes de Filippo (2015, p. 23): “[...] o princípio da separação dos poderes não condiz com uma situação estanque e independente da ordem constitucional, mas a ela deve se amoldar, segundo a ideia de freios e contrapesos (*check and balances*), necessária para repudiar atos de tirania e brindar a liberdade do indivíduo. Por esta razão, não devemos aprioristicamente concluir pela (in)existência de lesão ao princípio da separação dos poderes pela adoção de precedentes obrigatórios, sem nos atentarmos para as vicissitudes constitucionais brasileiras, à luz das necessidades sentidas do povo. Ponderadas essas questões e respeitadas as posições contrárias, temos que a edição de precedentes obrigatórios tal como proposto pelo novo Código de Processo Civil, independentemente da roupagem que assumam, não implica qualquer lesão ao princípio da separação dos poderes porque, malgrado a sua força vinculante, eles não possuem o condão de substituir a função das leis. Apenas se fosse verificada essa superposição total de funções é que, em nosso sentir, poderia se cogitar de lesão ao princípio”.

⁵⁶ Segundo Nery Junior, núcleo duro do novo CPC é inconstitucional e os tribunais superiores se empoderaram sem autorização da Constituição. (POMBO, 2016).

⁵⁷ Vide, por exemplo, a opinião do ex-Ministro Eros Grau (2016): “A Constituição do Brasil afirma, em seu artigo 2º, a independência e harmonia entre Legislativo, Executivo e Judiciário, o que supõe que cada um dos Três Poderes se limite a exercer as funções que lhe cabem. Daí que o Judiciário não pode legislar. Essa é uma prerrogativa do Legislativo.

Não obstante seja assim, a invasão da competência do Legislativo pelo Judiciário é, atualmente, alarmante. Passamos a viver não mais sob um Estado de direito, porém submissos a um Estado de juízes. A absurda apropriação, pelo Judiciário, do poder de fazer leis e alterá-las é estarrecedora. Ninguém nega que os juízes devem ser independentes, mas – em uma democracia – hão de ser submissos às leis, garantindo sua aplicação. A Constituição lhes impõe o dever de declarar sua eventual inconstitucionalidade, mas a substituição dos preceitos declarados inconstitucionais por outros incumbe exclusivamente ao Legislativo.

Desafortunadamente, no entanto, juízes de primeira instância – e, sobretudo, os tribunais – em nossos dias seguidamente se apropriam da função de legislar. Glosando uma canção de Roberto Carlos, os juízes de hoje em dia, sem saber o que é Direito, fazem suas próprias leis!”

pelo povo⁵⁸. Embora não seja o foco do presente estudo o aprofundamento da discussão sobre tal celeuma, necessário esclarecer que os precedentes não são imutáveis, já que é perfeitamente possível a superação de um precedente, pela técnica do *overruling*⁵⁹, caso o magistrado entenda que a decisão aplicada anteriormente está ultrapassada, já não estando em conformidade com a justiça; ou, ainda, na hipótese do caso concreto apresentar particularidades que não recomendem a adoção do precedente, poderá o juiz desconsiderá-lo, aplicando a técnica do *distinguishing*⁶⁰.

Daí porque o sistema de precedente não retira do cidadão o Direito de trazer novas discussões ao Judiciário, posto que os precedentes evoluem conforme a própria sociedade evolui. Além disso, o sistema de precedentes garante ao Poder Judiciário a oportunidade de controlar a legitimidade dos atos estatais. Mais que isso, o sistema de precedentes não causa o engessamento do Judiciário, mas em realidade dá ao juiz o poder de controlar a lei a partir da própria Constituição. Sobre a questão levantada acerca do possível engessamento do Direito brasileiro com a adoção dos precedentes, Teresa Arruda Alvim Wambier (2012, p. 488 e ss.) afirma que o novo CPC tem por objetivo tornar a alteração da jurisprudência mais consciente e lenta, tal como ocorre no *overruling*, de forma que, embora a jurisprudência possa se alterar, essa mudança deve ser algo excepcional.

Veja-se o entendimento de Marinoni (2009, p. 16) sobre a questão:

Se o precedente pode ser revogado, é evidente que o respeito aos precedentes depende da força das suas razões. Portanto, não é porque a decisão é chamada de declaração judicial e não de direito que ela perderá autoridade e deixará de merecer respeito. De outra parte, se o respeito aos precedentes depende de estes serem concebidos como direito, nada impediria que uma decisão judicial, vista então como direito, afirmasse que os próprios juízes da Corte Superior estão, a partir de determinado instante, submetidos aos seus próprios precedentes, ou que o Legislativo editasse lei dizendo que as Cortes devem respeitar os seus precedentes e os das Cortes superiores.

⁵⁸ Ver, nesse sentido: Conrado Hübner Mendes (2013); Roberto Gargarella (1997); e, Jeremy Waldron (2006).

⁵⁹ Revogação do precedente.

⁶⁰ “Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, algumas peculiaridades no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente”. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 43).

Conforme Mitidiero (2016, p. 139) “a mudança é conatural ao Direito, que vive na cultura e na historicidade, a possibilidade de modificação do precedente é inseparável do seu processo de evolução”. Ou seja: a ideia de que o precedente seria ameaça à evolução do próprio Direito é falsa, tendo em vista que “há a necessidade de conjugar, de um lado, a necessidade de mudança no Direito, e, de outro, a proteção ao planejamento jurídico realizado e atuado com base no conhecimento de determinado precedente”⁶¹.

Já no ano de 2005, quando não havia sido publicado o novo Código de Processo Civil, Patrícia Perrone Campos Mello (2005, p. 117-118) analisou a vinculação dos precedentes na prática constitucional brasileira, refletindo acerca do *stare decisis* e chamando a atenção para o surgimento de uma nova hermenêutica constitucional. A autora deu destaque para a evolução dos mecanismos de jurisdição constitucional no Brasil “para uma direção comum de atribuição de força vinculante aos precedentes judiciais”, representando, assim, uma aproximação entre os sistemas do *civil law* e do *common law*, em que a ideia de vinculação a precedentes passou a ter papel central. Ainda em 2009, Marinoni defendia que o sistema de precedentes poderia constituir parte do sistema brasileiro, o que de fato ocorreu com a entrada em vigor do novo CPC, em que se institui um regime jurídico de precedentes judiciais, conforme será visto detalhadamente a seguir.

É importante ressaltar o perigo do discurso que permeia a questão dos precedentes quando visto unicamente sob o viés do “juiz racional onipotente”, da mesma maneira que não se deve acreditar em um “legislador racional onipotente”, como se fazia no Positivismo. Daí porque é falsa a conclusão de que o sistema de

⁶¹ Segundo Mitidiero (2016, p. 139): “No que concerne à alteração do precedente, pode ocorrer de o Supremo Tribunal Federal ou de o Superior Tribunal de Justiça alterar diacronicamente o seu precedente e com isso acarretar igualmente uma crise de estabilidade no significado de determinado enunciado legislativo. Surge a partir daí o problema de saber se, à luz da necessidade de igualdade e de segurança jurídica, semelhante mudança deve atingir todos os processos em curso que versem sobre a mesma questão ou se, do contrário, a nova orientação deve ter apenas eficácia para o futuro. [...] Isso leva à necessidade de previsão de normas de salvaguarda da segurança jurídica para tutela das pessoas diante da alteração diacrônica do precedente. É que a possibilidade de superação do precedente coloca em evidência a necessidade de proteção da confiança daqueles que o tinham em consideração para fazer as suas escolhas socioeconômicas e da preservação da igualdade de todos perante a ordem jurídica. Foi exatamente por essa razão que o legislador redigiu o artigo 927, § 3º [...] “A mudança do precedente não pode causar surpresa injusta”.

precedentes seja capaz de permitir a qualquer juiz se sobrepor à norma, sendo necessária a efetiva aplicação da jurisdição constitucional⁶².

Nesse sentido, destaca-se que o Brasil tem caminhado na direção da criação de um *sistema de precedentes verde e amarelo*, na medida em que, aqui, qualquer juiz ou tribunal, e não apenas o Supremo Tribunal Federal, pode fazer o controle de constitucionalidade, de tal forma que um sistema de precedentes no cenário brasileiro, (que, conforme já explicado anteriormente, adota o controle de constitucionalidade misto), corrobora para a harmonia do sistema jurídico, já que evita, em grande medida, decisões conflitantes entre os tribunais e juízes.

Percebe-se, portanto, que o sistema de precedentes aplicado à realidade brasileira – e moldado nessa realidade – traz ganhos em termos de celeridade e economia processual, segurança jurídica, racionalidade e, principalmente, coerência.

Entretanto, a preocupação com a coerência dos entendimentos não alcança da mesma forma a Administração Pública, que além de não se vincular aos próprios precedentes em sede administrativa, não se adequa ao entendimento do Poder Judiciário, embora haja previsão legal para tanto⁶³, conforme visto anteriormente: a Administração Pública não segue, sequer, o entendimento do Supremo Tribunal Federal em matérias pacificadas. Isso denota a falta de integração existente entre os Poderes, bem como, gera um quadro de desigualdade e de insegurança jurídica. Afinal, não só de sentenças e através de controle de constitucionalidade se faz um

⁶² Vide, nesse sentido, a preocupação e a crítica de William Soares Pugliese e Ramon Ouais Santos (2017, p. 12): “O modelo brasileiro de precedentes, a despeito do que afirma o artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015, não está comprometido com a racionalidade do sistema enquanto coerência, estabilidade e segurança jurídica. Está, isto sim, comprometido com a razoável duração do processo e com a igualdade de tratamento de casos massificados no âmbito do Judiciário. Trata-se, sem dúvida, de um avanço sob muitos aspectos, mas que pode conduzir a uma espécie de realismo jurídico, em que a lei passa a ser aquilo que as Cortes Supremas afirmam que ela é”.

⁶³ Nesse sentido, vide Hachem (2014b, p. 220): “A Administração Pública, ao decidir os processos administrativos submetidos à sua apreciação, está sujeita ao dever jurídico de respeitar os precedentes administrativos e judiciais já consolidados em favor dos direitos do cidadão, como forma de assegurar-lhes uma proteção igualitária. Trata-se de uma exigência: (i) do direito fundamental à igualdade (art. 3º, IV e art. 5º, *caput*, CF); (ii) do direito fundamental à proibição de discriminação atentatória contra os direitos fundamentais (art. 5º, XLI, CF); (iii) do princípio constitucional da impessoalidade administrativa (art. 37, *caput*, CF); (iv) do direito fundamental à segurança jurídica (art. 5º, *caput*, CF) e à proteção da confiança legítima. No âmbito específico que se está analisando – satisfação de direitos sociais – essa implicação ostenta expressiva relevância”.

sistema jurídico: o ato administrativo também é parte importante do aparato estatal para consecução dos fins Constitucionais e para a preservação do bem comum.

No Brasil, em que pese as discussões e os entendimentos conflitantes, os precedentes vinculantes estão previstos em Lei, sendo, portanto, de fácil identificação. Assim, o precedente vinculante já nasce vinculante, e quando o tribunal o produz, já sabe que ele constituirá diretriz decisória que subordinará julgamentos futuros. (CRAMER, 2016, p. 79).

Importante frisar que, para Mitidiero (2016, p. 139):

O precedente protege a todos que se encontram ao abrigo da jurisdição do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Sendo a norma fruto da sua interpretação judicial, *conhecer o direito aplicável significa conhecer a interpretação a ela conferida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça*. A existência de determinado precedente, portanto, assegura a cognibilidade normativa. (grifos no original).

Precedente é fonte de Direito e decorre de uma *ratio decidendi*⁶⁴. Para a presente pesquisa será entendido como “precedente judicial” aquela decisão que é tomada em um caso específico, e que poderá ser utilizada para a resolução de casos similares, a fim de gerar segurança jurídica e desafogar o judiciário. No presente trabalho, tendo em vista que se discute a subordinação da Administração Pública aos precedentes, serão considerados como tais apenas as decisões do Supremo Tribunal Federal, tanto em sede de controle difuso quanto em sede de controle concentrado de constitucionalidade, com a discussão da possibilidade de a Administração Pública, na mesma *ratio decidendi* que já ocorre em sede judicial, adotar precedentes do Supremo Tribunal Federal em matéria de Direitos Sociais Fundamentais para decisão de casos concretos, a fim de imprimir tratamento igualitário aos cidadãos, bem como, garantir eficácia administrativa, com a economia de recursos.

É o que se verá, mais detalhadamente, no capítulo a seguir, em que se discute o funcionamento dos precedentes no atual ordenamento jurídico brasileiro.

⁶⁴ De acordo com Taruffo (2007, p. 801): “la dottrina del precedente distingue tra *ratio decidendi*, ossia la regola di diritto che è stata posta a diretto fondamento della decisione sui fatti specifici del caso, e *obiter dictum*, ossia tutte quelle affermazioni ed argomentazioni che sono contenute nella motivazione della sentenza ma che, pur potendo essere utili per la comprensione della decisione e dei suoi motivi, tuttavia non costituiscono parte integrante del fondamento giuridico della decisione”.

Veremos que o conceito pátrio de precedente não se restringe a uma “jurisprudência” com força vinculante, e nem é idêntico ao precedente pensado na tradição do *common law*.

2.2 OS PRECEDENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, O REGIME JURÍDICO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Apesar da existência do que se poderia chamar de sistema de precedentes no Brasil desde a época do domínio português, através dos chamados *assentos*, que se constituíam de decisões da Casa de Suplicação acerca de questões controversas e tinham força vinculante, passando pela criação dos *prejulgados*, na década de 1920, e a previsão de institutos de uniformização de jurisprudência no Código de Processo Civil de 1973, é possível afirmar que apenas no Código de Processo Civil de 2015 houve uma profunda valorização do precedente, com a instituição de um verdadeiro sistema de precedentes, embora ainda bastante criticado, como se verá. (CRAMER, 2016, p. 42-49).

Como observa Oliveira (2016, p. 59), a vinculatividade do precedente apenas ganhou força no final do século passado e início deste, com a alteração do artigo 557 pela Lei Federal nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998 e a introdução da súmula vinculante pela EC 45/2004 e demais alterações no Código de Processo Civil de 1973. Já no CPC de 1973 se disciplinou, por exemplo, a súmula impeditiva de recursos, o julgamento antecipado da lide, o julgamento por amostragem conforme sistemática dos recursos repetitivos e a reclamação constitucional.

Além disso, os adeptos da corrente chamada de “Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes” ou de “efeito transcendente dos motivos determinantes” passaram a defender que os motivos determinantes da decisão do STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade também seriam vinculantes, pelos próprios fundamentos determinantes da decisão, de tal forma que a *ratio decidendi* da fundamentação do Supremo, ou seja, os motivos da decisão da Corte seriam vinculantes. (MENDES, 2016, p. 107).

Conforme visto no capítulo anterior, o Brasil criou o seu próprio sistema de precedentes e com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil o tema

ganhou ainda maior relevância. Isso porque o Código de Processo Civil de 2015 trouxe inúmeros dispositivos acerca de precedentes, alguns mais, outros menos polêmicos, o que demonstra que o sistema de precedentes brasileiro é uma realidade ainda em construção – porém, uma realidade, sem dúvidas. As inovações trazidas pelo novo CPC têm por objetivo proporcionar maior segurança jurídica ao sistema jurisdicional. Diante disso, a questão que se coloca é se a Administração Pública deveria, ou não, seguir o disposto no novo CPC acerca dos precedentes vinculantes.

Tendo em vista a celeuma criada em decorrência dos dispositivos legais relativos a precedentes estampados nos artigos do novo CPC, tais dispositivos serão transcritos e comentados especificamente, a fim de situar a nossa discussão acerca da vinculação não apenas pelo Poder Judiciário, mas também pela Administração Pública, aos precedentes do STF.

O primeiro dispositivo do novo CPC a tratar da obrigatoriedade de vinculação aos precedentes é o artigo 311, inciso II, segundo o qual a tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

A redação do artigo não dá azo a discussões mais acaloradas, tendo em vista que a súmula vinculante, obviamente, já vinculava os tribunais inferiores. Por sua vez, o artigo 928 do CPC/2015 dispõe expressamente acerca do que se considera ‘caso repetitivo’, *verbis*: “Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I – incidente de resolução de demandas repetitivas; II – recursos especial e extraordinário repetitivos” (BRASIL, 2015).

O CPC/2015 frisa, ainda, que o julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) está previsto no Capítulo VIII do CPC/2015⁶⁵. Trata-se

⁶⁵ CPC/2015.

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

de inovação do Novo Código, em que são apreciadas somente questões comuns a todos os casos similares, deixando a decisão de cada caso concreto para o juízo do processo originário.

É importante frisar que, caso a parte autora pretenda ingressar com ação cuja causa de pedir contrarie enunciado de súmula do STF, do STJ e do Tribunal de Justiça (TJ) em matéria de direito local, ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos, deverá ela, dialogando com os precedentes, fazer uso do *distinguishing*; e/ou expor erro interpretativo do julgador na aplicação da *ratio*, requerendo seu afastamento ou adequação; e/ou demonstrar a imperiosa necessidade de superação do precedente ou da súmula, em virtude de modificação contextual ou de equívoco na formação de algum deles. (ROMÃO; PINTO, 2015, p. 149).

Assim, frisa-se que a teoria dos precedentes não pretende a imutabilidade das decisões judiciais, tornando o direito estático e imutável, vez que oferece meios de revisão das decisões ainda que se trate de entendimento estampado em súmula vinculante.

O segundo dispositivo do CPC/2015 a valorizar o precedente é o artigo 332, segundo o qual nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência e enunciado de súmula de Tribunal de Justiça sobre direito local. (BRASIL, 2015).

I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

§ 1º – A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.

§ 2º – Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

§ 3º – A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.

§ 4º – É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

§ 5º – Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas.

Trata-se da improcedência liminar do pedido, que, conforme Carreira Alvim (2015, p. 36-38) foi introduzido já no CPC de 1973, artigo 285-A, ainda no ano de 2006⁶⁶. Para o autor, a previsão do inciso II é “mais do que razoável, pois se o pedido contrariar acórdão do STF ou do STJ, em julgamento de recursos repetitivos, não faz o menor sentido deixar prosperar um processo, cujo destino já estará traçado no tribunal de destino”, especialmente tendo em vista a morosidade decorrente do grande volume de recursos nos tribunais superiores.

Acerca do inciso III transcrito, continua o autor afirmando que o fundamento dessa disposição é o mesmo do inciso II do artigo 332, já comentado, tendo em vista que o objetivo do incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987) ou em incidente de assunção de competência (art. 947) é “justamente desatracar os recursos nos tribunais, fazendo do precedente nesses casos um acórdão-padrão (ou acórdão-guia), a ser seguido em todos os julgamentos da mesma espécie (mesma tese jurídica)”. (CARREIRA ALVIM, 2015, p. 38). Continua o autor refletindo sobre estas disposições:

Estas regras só se fazem necessárias em virtude da recalcitrância de alguns juízes e tribunais em seguir a orientação dos tribunais superiores, embora cientes de que as suas sentenças contrárias aos precedentes serão fugazes, se forem impugnadas por recursos especial ou extraordinário, e que só adquirirão consistência jurídica de coisa julgada, se esses recursos, por alguma circunstância, não forem admitidos no juízo de origem ou não forem conhecidos pelos tribunais de destino. (CARREIRA ALVIM, 2015, p. 38).

Aproveitando a observação do autor (CARREIRA ALVIM, 2015), é possível adotar a mesma lógica para a Administração Pública, que não deveria contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas, a fim de descongestionar o Poder Judiciário com demandas desnecessárias, bem como, a fim de garantir um tratamento coerente e igualitário a todos os cidadãos.

O próximo dispositivo de destaque é o artigo 489, § 1º, incisos V e VI, segundo o qual não será considerada fundamentada qualquer decisão judicial, seja

⁶⁶ CPC de 1973.

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º – Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º – Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

ela interlocutória, sentença ou acórdão, que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus *fundamentos determinantes* nem demonstrar que *o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos*, deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, *sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento*.

Percebe-se que o artigo 489 acaba com o mito de que a adoção de precedentes seria uma maneira de engessar o Poder Judiciário, ou serviria apenas como forma de poupar trabalho aos juízes. Embora a adoção de um sistema de precedentes tenha como qualidade a diminuição da litigiosidade, as decisões, após o advento do CPC/2015 não passam a ser produzidas em série. Aliás, ocorre o inverso. Conforme observam Romão e Pinto (2015, p. 148):

O sistema de precedentes afeta diversos institutos processuais, configurando elemento fundamental à compreensão da nova legislação e, por consequência, à construção do Direito Processual Civil contemporâneo. A edificação legislativa do *stare decisis* brasileiro ensejou a criação de novos instrumentos processuais e a reestruturação de outros existentes no CPC/1973. O sistema brasileiro de precedentes obrigatórios, considerando limitações procedimentais e deveres gerais do art. 926, do NCPC, confere racionalidade decisória capaz de resguardar os princípios da segurança jurídica, isonomia e razoável duração do processo. (ROMÃO; PINTO, 2015, p. 148).

Daí porque a ideia de que o sistema de precedente vem para “facilitar” o trabalho dos juízes é falaciosa, uma vez que tal argumento não leva em consideração o enorme trabalho interpretativo, bem como, a necessidade de pesquisa e atualização constante decorrente dos novos instrumentos processuais apresentados.

Mais adiante, o artigo 496 afirma que está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público, e a sentença que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

Esse dispositivo é duramente criticado por Carreira Alvim (2017, p. 240), para quem “o artigo 496 tem sido justificado pela proteção que devem merecer os entes públicos nos seus litígios com os particulares, como se tais entes fossem

‘desvalidos’, a merecer a compaixão e a piedade da justiça”. Para o autor, em realidade o “desvalido” é o particular na sua batalha judicial contra a Administração pública, que “é dos mais ímprobos litigantes que habita no foro”.

Merece destaque, contudo, a disposição do § 4º, incisos I a III do artigo 496 do CPC. Segundo o dispositivo não se aplica a remessa necessária se a sentença estiver fundada em súmula de tribunal superior, acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos⁶⁷, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência ou em entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa. Ou seja, tal dispositivo limita a atuação da Fazenda Pública em juízo, utilizando-se precedente. (BRASIL, 2015).

Daí porque o artigo 496, § 4º do NCPC mitiga o duplo grau de jurisdição, restringindo-o pela aplicação de precedentes judiciais, “dispensa o reexame necessário quando a sentença estiver fundada em súmula de tribunal superior ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos”. Amplia-se, portanto, o óbice à revisão oficial de sentença contrária aos interesses da Fazenda Pública. (ROMÃO; PINTO, 2015, p. 149). Ainda, o CPC valoriza não só o precedente judicial, mas também o administrativo, quando dispõe que não deve haver remessa necessária caso a sentença tenha sido proferida com base “em entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.”

⁶⁷ Dispõe o CPC/2015:

Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º – O presidente ou o vice-presidente de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

[...].

O recurso repetitivo representa, portanto, um grupo de recursos que possuem teses idênticas, ou seja, têm fundamento em idêntica questão de direito.

Segundo Carreira Alvim (2017, p. 246-247):

O objetivo dessa norma é evitar que a remessa necessária continue sendo utilizada para retardar o trânsito em julgado da sentença, quando o fato de haver súmula de tribunal superior; bem assim de haver acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; de haver entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; ou haver entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa; tornam praticamente sem chance de sucesso qualquer tentativa de reforma da sentença proferida contra o ente ou entidade pública. Nesses casos, o único efeito que tais remessas necessárias produzem é o de retardar o trânsito em julgado da sentença de que resultou a sucumbência do ente ou entidade pública. (CARREIRA ALVIM, 2017, p. 246-247).

Essas disposições corroboram os primados da independência e da harmonia entre os Poderes, não havendo que se falar, portanto, em desrespeito do Poder Judiciário em relação ao Poder Executivo, e sim, da proteção da coerência e da segurança jurídica na resolução das lides que envolvem a Administração Pública.

Nessa esteira, o artigo 535, § 5º do CPC de 2015 também se utiliza de precedentes para tratar com a Fazenda Pública ao dispor que considera-se inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. Importante notar que a redação traz uma diferença em relação ao Código de Processo Civil de 1973, havendo a inclusão das decisões em controle difuso a fim de se considerar inexigível o título executivo, além da possibilidade de o Supremo Tribunal Federal modular no tempo e em razão da segurança jurídica os efeitos daquelas decisões. (OLIVEIRA, 2016, p. 135).

Por sua vez, o artigo 932, incisos IV e V, dispõe que incumbe ao relator negar provimento a recurso que for contrário a súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Ainda, afirma que incumbe ao relator, depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior

Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal, acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. (BRASIL, 2015).

Conforme observam Romão e Pinto (2015, p. 149), os incisos IV e V do artigo 932 autorizam o relator a negar ou dar provimento, monocraticamente, a recurso quando as razões ou a decisão recorrida, respectivamente, forem contrárias à súmula do STF, do STJ e do próprio tribunal, ou à tese firmada no julgamento de casos repetitivos ou de assunção de competência. Além disso, com base nessas hipóteses, o relator também poderá julgar de plano conflito de competência (art. 955, parágrafo único, do NCPC).

A disposição do artigo 926 é de extrema relevância, pois trata de garantias da Justiça, quais sejam, a uniformização e estabilidade da Jurisprudência, dispondo que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Além disso, estabelece que, na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais deverão editar enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. Por fim, dispõe que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.” (BRASIL, 2015).

O novo dispositivo pretende assegurar que todos recebam do Poder Judiciário o mesmo tratamento, de modo que, reconhecido um direito a um, este reconhecimento seja estendido a todo jurisdicionado, nas mesmas circunstâncias, e, denegado um direito, todo jurisdicionado, nas mesmas circunstâncias, recebe idêntica decisão. Ou seja, deve ser garantida a mesma justiça a todos os jurisdicionados. (CARREIRA ALVIM, 2017, p. 273).

O próximo artigo a ser discutido é o 927⁶⁸ do CPC/2015. Segundo Mitidiero (2016, p. 107) o inciso I do aludido artigo não trouxe propriamente hipótese de

⁶⁸ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os enunciados de súmula vinculante;

III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

precedente, mas sim de controle de constitucionalidade, confundindo eficácia *erga omnes* com efeito vinculante do precedente. De tal forma que não são, segundo o autor, propriamente as “decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade” que valem como precedentes. Isso porque as decisões em controle concentrado visam aplicar a Constituição, sendo que o que pode gerar precedente são “as razões determinantes constantes da fundamentação do controle abstrato de constitucionalidade”.

Em que pese a intenção do legislador, o artigo 927 do CPC/2015 elenca hipóteses que não guardam qualquer homogeneidade. Segundo Marinoni (2016, p. 285):

A norma diz que os juízes e tribunais devem observar hipóteses que não guardam qualquer homogeneidade. Mistura decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em controle concentrado de constitucionalidade, súmulas, decisões tomadas em vias de solução de casos ou questões repetitivas e orientação do plenário ou órgão especial, mas, surpreendentemente, nada diz sobre precedente, *ratio decidendi* ou fundamentos determinantes da decisão. (MARINONI, 2016, p. 285).

De qualquer forma, a redação do artigo 927 acaba por facilitar a identificação das hipóteses em que o precedente se considera vinculante, servindo como norte para a consolidação do instituto.

O artigo 928 do CPC/2015 conceitua o que se entende por casos repetitivos, *verbis*:

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:
I – incidente de resolução de demandas repetitivas;

V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º – Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º – A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º – Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º – A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º – Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

II – recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual. (BRASIL, 2015).

Importante ressaltar que anteriormente à entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil a força vinculante *erga omnes* se dava apenas aos instrumentos constitucionalmente previstos em sede de controle concentrado de Constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, segundo Talamini (2011, p. 135-166) a força vinculante decorria das decisões liminares e dos pronunciamentos finais de acolhimento ou improcedência do pedido na ação direta de inconstitucionalidade, na Ação Declaratória de Constitucionalidade, na arguição de preceito fundamental e na súmula vinculante (CF⁶⁹, art. 102, §§ 2º e 3º, e art. 103-A; Lei nº 9.868/1999⁷⁰, art. 11, § 1º, art. 12-F,

⁶⁹ CF/88.

Art. 102. [...]

§ 2º – As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

§ 3º – No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

[...]

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º – A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

§ 2º – Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

⁷⁰ Lei nº 9.868/1999. Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

§ 1º – A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

[...]

Art. 12-F. Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no artigo 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 1º, art. 21, art. 28, parágrafo único; Lei nº 9.882/1999⁷¹, art. 5º, § 3º, e art. 10º, § 3º; Lei nº 11.417/2006⁷², art. 7º).

O CPC/2015, repita-se, trouxe a obrigatoriedade de uniformização da jurisprudência e de manutenção de sua estabilidade, integridade e coerência (art. 926), ampliando as hipóteses em que se confere força vinculante às decisões proferidas nos procedimentos de recursos especiais e de recursos extraordinários repetitivos e nos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência (arts. 985, § 1º c/c arts. 928; 947, § 3º; 988, inc. IV). Traz de forma

§ 1º – A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal.

[...]

Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Parágrafo único. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia.

[...]

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

[...]

⁷¹ Lei nº 9.882/1999.

Art. 5º. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

[...]

§ 3º – A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

[...]

§ 3º – A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

[...]

⁷² Lei nº 11.417/2006.

Art. 7º. Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

expressa, também, a necessidade de respeito à jurisprudência (art. 927 e art. 489, § 1º, incs. V e VI; art. 985, incs. I e II; art. 1.039 etc.) (TALAMINI, 2011, p. 135-166).

Por todo o exposto, conclui-se que a aproximação dos sistemas de *common law* e de *civil law* e da adoção cada vez maior de sistemas de precedentes está intimamente atrelada à necessidade de construção de um sistema jurídico eficiente e imparcial, que garanta a tutela jurídica efetiva e a justiça a todos. Assim, independentemente da tradição jurídica – *civil law* ou *common law* – há a necessidade de que as sentenças sejam orientadas pela mesma *ratio* – racionalidade –, não importando o juiz que faça o julgamento. De tal forma que o sistema de precedentes evita a perniciosa variação de entendimentos acerca de um mesmo caso em varas ou tribunais diversos, sendo instrumento de validação de interpretação, bem como, em última análise, de garantia de um Estado Democrático de Direito, em que os cidadãos não são tratados de forma desigual, ao sabor da arbitrariedade. (LUVIZOTTO, 2017, p. 66).

Diante do exposto, pode-se afirmar que o Direito brasileiro considera como precedente *vinculante*: as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, tais como a ADIn, a ADC e a ADPF⁷³. As decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade também

⁷³ A ação de descumprimento de preceito fundamental é uma ação constitucional em sede de controle concentrado de constitucionalidade e de competência do Supremo Tribunal Federal. Sua finalidade se presta para a defesa de preceitos importantes da Constituição Federal, conforme disposto no artigo 102, § 1º. Tratando-se o dispositivo constitucional de norma de eficácia limitada, foi regulamentada pela Lei nº 9.882/1999.

Conforme explica Teori Zavaski (2014): “2. A arguição de descumprimento de preceito fundamental foi concebida pela Lei nº 9.882/1999 para servir como um instrumento de integração entre os modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, viabilizando que atos estatais antes insuscetíveis de apreciação direta pelo Supremo Tribunal Federal, tais como normas pré-constitucionais ou mesmo decisões judiciais atentatórias a cláusulas fundamentais da ordem constitucional, viessem a figurar como objeto de controle em processo objetivo. A despeito da maior extensão alcançada pela vertente objetiva da jurisdição constitucional com a criação da nova espécie de ação constitucional, a Lei nº 9.882/1999 exigiu que os atos impugnáveis por meio dela encerrassem um tipo de lesão constitucional qualificada, simultaneamente, pela sua (a) relevância (porque em contravenção direta com paradigma constitucional de importância fundamental) e (b) difícil reversibilidade (porque ausente técnica processual subsidiária capaz de fazer cessar a alegada lesão com igual eficácia”. (STF – (Pleno) – EDcl. na ADPF 127 – DF – Rel.: Min. Edson Fachin – J. em 03/02/2017 – DJ 11/04/2017 – Doc. LEGJUR 174.6703.7000.1900).

Conforme a Lei nº 9.882/1999 a arguição prevista no § 1º do artigo 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

são vinculantes nos casos do Recurso Extraordinário (REExt), em que houver *repercussão geral*, bem como, as decisões proferidas nas Reclamações, as Súmulas e as Súmulas Vinculantes. Ainda, são precedentes os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. Por fim, são considerados também precedentes os enunciados das súmulas do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados os juízes.

Apesar de só ser considerado precedente a decisão proferida em Recurso Extraordinário a que se tenha reconhecida a repercussão geral, essa classe processual tem enorme relevância, já que, conforme Berman (2016, p. 106) o Recurso Extraordinário difere dos demais recursos porque, enquanto “nestes a principal preocupação é com a exatidão das decisões de instâncias inferiores, ou seja, com a correta aplicação do Direito ao caso concreto, tendo em conta a situação fática apresentada pelas partes”, o Recurso Extraordinário tem como finalidade a manutenção da integridade da Constituição Federal, bem como, serve para uniformizar a aplicação do direito constitucional em todo o território nacional. De tal forma que o Extraordinário não se presta a corrigir eventuais injustiças cometidas em julgamentos de instâncias ordinárias.

Quanto à questão da vinculação das decisões em Recursos Extraordinários, Berman (2016) afirma:

[...] a decisão que julga o recurso extraordinário vincula apenas as partes envolvidas no processo. No entanto, caso haja reiterada jurisprudência no sentido de declarar a inconstitucionalidade de uma determinada norma através do controle difuso, poderá o Senado, por meio de decisão discricionária, determinar a suspensão da execução do dispositivo normativo considerado inconstitucional. [...] a decisão provoca efeitos apenas *inter partes*, porém, há a possibilidade de se estender tal efeito a toda a comunidade, desde que o Senado se pronuncie neste sentido. Temporalmente, no entanto, a suspensão determinada pelo Senado só opera *ex nunc*, podendo o Judiciário continuar a aplicá-la quanto a fatos anteriores àquela decisão política. (BERMAN, 2016, p. 111).

Assim, as decisões do STF em Recurso Extraordinário, em regra, não são *precedentes*, pois não vinculam, salvo nos casos de Recurso Extraordinário com

A decisão proferida em sede de ADPF também tem efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, além de efeitos retroativos.

repercussão geral, conforme exposto. Entretanto, mesmo sem se constituírem em precedentes, as decisões em Recurso Extraordinário constituem-se em importante trabalho interpretativo da Corte, podendo ser observadas pelos tribunais inferiores, especialmente, pela excepcionalidade com que são admitidos pela Corte, e por tratarem sempre de matéria constitucional.

Por tudo, é necessário ressaltar que são consideradas precedentes as decisões oriundas do STF; não apenas aquelas que possuem força vinculante *erga omnes*, mas também as decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade podem ser consideradas fontes de direito⁷⁴. Portanto, o precedente que tem origem no Supremo Tribunal Federal é fonte de direito, vinculando não apenas a jurisdição, e sim, por disposição constitucional, todos os Órgãos da Administração Pública, por sua eficácia *erga omnes*. Ainda, podem ser consideradas precedentes as decisões do STF nos casos em que tenha sido reconhecida a Repercussão Geral e dos quais a Administração Pública seja parte⁷⁵.

⁷⁴ Acerca do precedente enquanto fonte de direito, veja-se Haroldo Lourenço (2011): “A atividade criativa do juiz pode se dar de duas maneiras, sendo a primeira no sentido de criar a *norma jurídica* do caso concreto; e a segunda, a *norma geral* configuram como aquilo que se chama de precedente judicial, que é exatamente essa norma geral criada a partir do caso concreto.

As súmulas, vinculantes ou não, nada mais são do que normas gerais, eis que, apesar de julgar um caso concreto, serão aplicadas, reflexamente, a outras inúmeras situações similares ou idênticas. Não há que se dizer que o Judiciário estaria legislando, uma vez que a atividade criativa se dá a partir da interpretação que o mesmo faz das leis já existentes.

Nessa linha, surgem os denominados *hard cases*, situações onde os textos jurídicos existentes, aplicados objetivamente, não apresentam soluções claras. Atualmente, o STF os tem enfrentado, como no direito à saúde, intervenção do Judiciário em políticas públicas, antecipação terapêutica do parto para fetos com anencefalia. Inclusive, em alguns casos desses *hard cases* foi criada a norma geral a ser aplicada a situação concreta, como na hipótese da fidelidade partidária [NR 15: STF, MS 26.603, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 04.10.2007] e no direito de greve dos funcionários públicos [NR 16: STF, MI 670, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 25.10.2007].

Infelizmente, tal concepção ainda não é adotada a unanimidade, contudo, mostra-se cada vez mais sedimentada, admitindo a jurisprudência como fonte do direito [NR 17: DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. II. 6. Ed., JusPodium, 2011. p. 390. TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do Direito. São Paulo: RT, 2004, p. 18. STRECK, Lenio Luiz. Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 86]. Parece-me que a influência de Montesquieu através do chamado juiz *boca-da-lei* ainda é muito forte. Nesse sentido, majoritariamente, adota a visão do magistrado que transforma uma norma genérica e abstrata, em uma norma concreta e específica. O Judiciário não criaria direitos subjetivos, mas tão somente reconhece direitos preexistentes [NR 18: CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. v I. 17. ed. inteiramente revista. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008. p. 71. SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. v. I, 25. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 67].

⁷⁵ Vide, nesse sentido Hachem (2014b, p. 231): “A discussão aqui suscitada insere-se em um debate mais amplo, a respeito da aproximação entre os sistemas do *Civil Law* e do *Common Law*, que tem sido verificada por meio da adoção, nos ordenamentos jurídicos de diversos Estados, de instrumentos próprios de ambos os modelos. No Direito brasileiro, constata-se com frequência

Uma vez definido o que pode ser considerado precedente vinculante, se discutirá, no capítulo a seguir, especificamente acerca do significado de precedente para o STF, bem como, será feita uma análise do tratamento jurídico dos precedentes no Supremo Tribunal Federal.

2.3 PRECEDENTES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal possui duas funções: Corte constitucional e corte recursal, o que o leva a ser uma Corte de massa (isso sem falar no seu papel de Corte Penal desde o Mensalão). No ano de 2015, por exemplo, chegaram ao STF 86.977 processos, sendo 11.069 originários e 75.908 recursais⁷⁶. Conforme observa Vojvodic (2012, p. 103 e ss.), para a corte recursal o precedente funciona como uma ferramenta para a diminuição do volume de processos que chega ao tribunal. Além disso, o julgamento por meio de decisões monocráticas tem garantido a alta produtividade dos Ministros⁷⁷, uma vez que ações que já sejam objeto de jurisprudência dominante do tribunal são julgadas monocraticamente, de acordo com o que o tribunal já decidiu anteriormente em um grande número de casos. De tal forma que, para a autora, o STF já adota a jurisprudência como “precedente-filtro”, especialmente em causas de menor complexidade:

Nesses casos, as decisões do STF, que formam um conjunto uniforme de soluções para casos de conflitos específicos, são usadas como um filtro

cada vez maior a incorporação de mecanismos que se assemelham a alguns aspectos do *Common Law*, tais como as súmulas vinculantes, a eficácia vinculante das decisões do STF em sede de controle de constitucionalidade e a repercussão geral no recurso extraordinário. Isso não quer dizer que devam ser importadas anacronicamente ferramentas elaboradas no Direito alienígena que sejam imprestáveis e incompatíveis com a racionalidade jurídica nacional, rendendo reverências a invenções estrangeiras que só serviriam para desestabilizar o funcionamento adequado e regular dos institutos jurídicos pátrios, cunhados sob lógica diversa. Porém, a transformação do Direito às novas necessidades sociais impõe a adaptabilidade de seus mecanismos às exigências emergentes, notadamente quando se identifica uma crise paradigmática à qual as soluções existentes, sugeridas consensualmente pela comunidade científica adepta ao paradigma dominante, já não dão conta de resolver. E o tratamento desigual, provocado por decisões individuais do Poder Judiciário, de cidadãos que titularizam os mesmos direitos fundamentais sociais retrata um problema sério que os instrumentos tradicionais do modelo brasileiro não têm conseguido solucionar.”

⁷⁶ Dados do STF. Estatística.

⁷⁷ A falta de deliberação e o excesso de decisões monocráticas é objeto de crítica por parte de Conrado Hübner Mendes e Virgílio Afonso da Silva (FERREIRA, 2017), para quem há um excesso de individualismo no STF. Para Mendes (2010) “As ‘onze ilhas’ do STF continuam fortes como nunca. As decisões do Plenário, cada vez mais fragmentadas, parecem uma colcha de retalhos. E, na maior parte do tempo, o Supremo Tribunal Federal é um tribunal monocrático. Para mudar essa realidade, é preciso um choque de colegialidade”.

para a atuação da própria corte e que, por meio de tal recurso, consegue dar fim à grande maioria dos casos a ele enviados. São essas as decisões que chamo de precedentes-filtro, usadas individualmente pelos ministros e que são repetidas inúmeras vezes como forma de diminuir o volume de trabalho da corte. (VOJVODIC, 2012, p. 105).

Por atribuição constitucional, a guarda da Constituição compete, precipuamente, ao Supremo Tribunal Federal, que poderá exercê-la por meio de controle concentrado, abstrato ou difuso e por meio de controle concreto ou aberto ou de via de exceção. O Supremo exerce a proteção dos valores constitucionais em ações de sua competência originária (art. 102, inc. I, e suas alíneas, da CF/88⁷⁸); de

⁷⁸ CF/88. Art. 102. Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;
- b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
- c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, inc. I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;
- d) o «habeas corpus», sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o «habeas data» contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
- e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
- f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
- g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
- h) (Revogada pela Emenda Constitucional 45, de 08/12/2004).
- i) o «habeas corpus», quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;
- j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
- l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
- n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
- o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
- p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;
- q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
- r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;

sua competência recursal originária (art. 102, inc. II, e suas alíneas, da CF/88⁷⁹); e mediante recurso extraordinário (art. 102, inc. III, e suas alíneas, da CF/88⁸⁰). (BRASIL, 1988).

Assim, o STF, por atribuição constitucional, toma decisões precedentes nos casos que lhe são entregues, em especial, no que se refere à proteção aos Direitos Fundamentais, de tal forma que, conforme Hachem (2014b, p. 231), “não precisa existir regra legal alguma para que se possa sustentar a obrigatoriedade de a Administração Pública respeitar os precedentes judiciais relativos a direitos fundamentais sociais”.

Isso porque, segundo o autor:

[...] se do princípio da igualdade não fosse possível extrair essa consequência, quedariam bastante abaladas as afirmações, tão propaladas na atualidade, de que princípios constitucionais são normas, revestidas de força jurídica vinculante, e que a atividade administrativa constitucionalizou-se, encontrando-se atualmente submetida à incidência dos direitos fundamentais. Esperar que o legislador tenha de criar essa determinação pela via de lei formal é o mesmo que rejeitar a eficácia jurídica do princípio constitucional (e direito fundamental) da igualdade. (HACHEM, 2014b, p. 231).

[...]

⁷⁹ CF/88. Art. 102. Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

II – julgar, em recurso ordinário:

a) o «habeas corpus», o mandado de segurança, o «habeas data» e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

b) o crime político;

[...]

⁸⁰ CF/88. Art. 102. [...]

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

§ 1º – A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2º – As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

§ 3º – No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

De qualquer modo, não seria admissível pensar que mesmo decisões de cortes constitucionais de países de *civil law* não produzam efeito vinculante para a administração pública. A natureza das decisões das Cortes Constitucionais, quer seja em sistema de *civil law* ou de *common law* as torna obrigatórias. Daí porque, para o presente estudo, devem ser considerados precedentes vinculantes passíveis de observância obrigatória para a Administração Pública aqueles que têm origem no Supremo Tribunal Federal, em controle difuso, os com eficácia *erga omnes*, ou em controle concentrado de constitucionalidade.

Devem vincular a Administração Pública as decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade em sede de Recurso Extraordinário em que haja repercussão geral⁸¹ (CF/88, art. 102, inc. III⁸²), as decisões a que a Corte tenha dado repercussão geral (CF/88, art. 102, § 3º⁸³), as Reclamações (CF/88, art. 103-A, § 3º;

⁸¹ Daí porque é relevante a percepção da participação da Administração Pública no que se refere aos Recursos Extraordinários, vez que se tratam de ações individuais. Ora, mesmo nas ações individuais em que se impetra o RExt, é a Administração Pública, novamente, a grande cliente do Poder Judiciário.

⁸² O recurso extraordinário é o meio pelo qual se impugna perante o Supremo Tribunal Federal uma decisão judicial proferida por um tribunal estadual ou federal, ou por uma Turma recursal de um juizado especial, sob a alegação de contrariedade direta e frontal à Constituição da República. Cf. CF/88, *verbis*: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.”

⁸³ A repercussão geral é tratada no artigo 1.035, § 5º do novo CPC. Para Wambier (2012, p. 599) “Este dispositivo traz interessante novidade, perfeitamente harmônica com a intenção que permeia o novo CPC, no sentido de gerar segurança jurídica, criando condições para que as decisões do STF exerçam função paradigmática em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário. Reconhecida a repercussão geral, em qualquer recurso extraordinário, deverão ser suspensos todos os processos em curso no país, sejam individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma questão. Pode tratar-se de execução (salvo se o título exequendo tiver transitado em julgado); de processo de conhecimento; as ações podem estar em 1º, em 2º ou até no STJ. Não se trata, aqui, de precedente vinculante no sentido forte (ou seja: sob pena de reclamação). Mas, evidentemente, está-se diante de dispositivo que indica a *força* que se quis, acertadamente, atribuir à Jurisprudência dos Tribunais Superiores, em especial do STF”. (grifo no original).

Art. 102. [...]

§ 3º – No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

art. 102, inc. I, 'I'⁸⁴), as Súmulas e as Súmulas vinculantes (CF/88, art. 103-A⁸⁵). Frise-se, mais uma vez, que o precedente decorre das razões determinantes das decisões em controle abstrato e das *razões determinantes da ratio decidendi*⁸⁶ constantes da fundamentação em controle difuso de constitucionalidade, conforme já explicado. (MITIDIERO, 2016, p. 107-108).

Além disso, em controle concentrado teremos as decisões proferidas em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica – ADI ou ADIn, Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva – ADIn Interventiva, Ação Direta de

⁸⁴ O instituto da reclamação não é novo no direito processual brasileiro, mas é novidade no novo CPC. Conforme Spadoni (2016, p. 509 e ss.): “O que fez o NCPC foi ampliar o cabimento da reclamação, transformando-a, também, em importante instrumento de salvaguarda do regime de precedentes adotado pelo novo Código. A reclamação tem, essencialmente, a função de preservar o poder jurisdicional do Tribunal, seja em face de violação de sua competência, seja em face de desrespeito à decisão que tenha proferido. Com o regime de precedentes do NCPC, o artigo 927 elencou um rol de decisões judiciais cuja observância é obrigatória pelos órgãos jurisdicionais vinculados ao Tribunal prolator da decisão, podendo ser categorizadas, na lição de Teresa Arruda Alvim Wambier, como precedentes de “obrigatoriedade forte”. Nesse novo regime a reclamação passa a ter importante e ampliado papel, sendo o remédio adequado também para corrigir atos de descumprimento de julgados de observância *obrigatória*, elencado no artigo 927.” (grifo no original).

Cf. CF/88. Art. 102. [...]

I – [...]

I) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; [...]

CF/88. Art. 103-A. [...]

§ 3º – Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, *cabará reclamação* ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

⁸⁵ Há, na doutrina, diversas críticas à ideia de obrigatoriedade de observância das súmulas e das súmulas vinculantes. Vide Mendes (2016, p. 182-183): “As súmulas, porém, não são o modelo mais apto a demonstrar a adequada preocupação com a coerência da ordem jurídica, sobre os ideais de previsibilidade e de igualdade atinentes aos precedentes judiciais no *common law*, porque não foram estes os pontos iniciais que geraram a sua concepção, mas a tentativa de desafogar o Judiciário com a facilitação na resolução de casos menos complexos. Contudo, não se pode negar que tenham contribuído, ainda que indiretamente, para a tendência cada vez maior de respeito aos precedentes, sobretudo por sua eficácia obrigatória. Ponderando essa perspectiva de gradual concretização de um direito com bases decisórias nos precedentes advindos dos próprios tribunais superiores, tendo por base uma eficácia obrigatória, é que contemporaneamente, o *civil law* no Brasil vem se remodelando, inclusive, com a utilização da reclamação constitucional para garantir a eficácia destes precedentes em instâncias inferiores”.

Por sua vez Streck e Abboud (2014, e-book) fazem a seguinte crítica: “Assim, o perigo representado pela institucionalização das súmulas vinculantes consiste, entre outras coisas, da introdução de um paradoxo em nosso sistema jurídico: os juízes podem contrariar as leis; se o fizerem, caberá recurso. O que os juízes não podem fazer é ousar contrariar as súmulas. Nesse caso, conforme a emenda à Constituição aprovada, não caberá recurso, e sim reclamação... Ou seja, em *terrae brasilis a lei não vincula, a súmula sim, mesmo que ela seja contrária à lei e à Constituição*.” (grifos no original).

⁸⁶ Conforme Barboza (2011, p. 34) “Numa decisão é possível distinguir a *ratio decidendi* da *obter dicta*; enquanto a *ratio decidendi* é a questão nuclear e impositiva da decisão, as *obter dicta* são as declarações que não são estritamente necessárias para a solução do conflito”.

Inconstitucionalidade por Omissão – ADIN por Omissão, Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON ou ADC) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF.

A necessidade de delimitação do que é precedente vinculante, no presente capítulo, decorre especialmente da discussão doutrinária sobre o que seria precedente, especialmente da em torno da celeuma causada com a redação do artigo 927 do novo Código de Processo Civil, que trouxe um ‘rol’ de precedentes, *verbis*:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os enunciados de súmula vinculante;

III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º – Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º – A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º – Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º – A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º – Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Ocorre que o precedente não se torna precedente apenas porque a Lei assim dispôs, mas pela própria natureza das decisões prolatadas. De qualquer forma, a redação do CPC/2015 corrobora o que já se vinha pensando sobre a necessidade de observância a precedentes, embora de maneira exemplificativa. Conforme nos informa Cramer (2016, p. 176-192), o artigo 927 transcrito tem uma história. Até se chegar à atual redação, houve avanços e recuos sobre o que se queria. De um lado, havia aqueles que desejavam preservar o sistema com jurisprudência apenas persuasiva; de outro, aqueles que queriam instituir um rol de

precedente vinculantes. Conforme se depreende da redação do artigo, há um rol de precedentes vinculantes positivado, com o que concorda a corrente majoritária da doutrina. Entretanto, para parte da doutrina, entre eles Teresa Wambier (2012), o artigo 927 do CPC não estabelecerá nenhum precedente vinculante, posto que seriam vinculantes apenas os precedentes que contam com reclamação para forçar o seu cumprimento. Logo, para essa segunda corrente, seriam vinculantes as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, as súmulas vinculantes e as decisões nos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas.

Nos informa, ainda, Cramer (2016, p. 185) que uma terceira corrente doutrinária defende a inexistência de força vinculante aos precedentes do artigo 927, mas apenas a exigência de que os julgadores levem em conta tais precedentes em suas decisões. Alexandre Freitas Câmara (CRAMER, 2016, p. 185), adepto da terceira corrente, considera como vinculantes apenas as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, as súmulas vinculantes e as decisões nos incidentes de assunção de competência e de casos repetitivos “porque existem, nos regimes jurídicos dos precedentes, outras normas lhes atribuindo eficácia vinculante”.

A quarta corrente, capitaneada por José Rogério Cruz e Tucci e Nelson Nery Jr. (CRAMER, 2016, p. 186-187), entende pela inconstitucionalidade do artigo 927. Para essa corrente, apenas a Constituição poderia conferir força vinculante aos precedentes.

Por fim, a quinta corrente, defendida por Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Arenhart e Daniel Mitidiero (CRAMER, 2016, p. 187) – aqui seguida – afirma que apenas os tribunais superiores (Cortes Supremas) têm a missão de emitir precedentes, e todos os seus precedentes, não somente aqueles previstos no citado artigo 927, são vinculantes. Para esses autores “os precedentes emanam exclusivamente de Cortes Supremas e são sempre obrigatórios, isso é, vinculantes”.

Nesse sentido, Marinoni (2016, p. 288) afirma que há apenas um caráter exemplificativo no artigo 927 do CPC/2015, sendo, inclusive, desnecessário.

De tal forma, que é preciso analisar o significado de “precedente” no Supremo Tribunal Federal.

Foi paulatina a construção de um sistema de precedentes brasileiro, com o protagonismo do STF. Nos informa Patrícia Perrone Campos Mello (2005, p. 177 e ss.) acerca do longo caminho percorrido a partir da expansão do controle concentrado de constitucionalidade, das inúmeras discussões empreendidas pelo Supremo Tribunal Federal acerca da eficácia transcendente da motivação nesta sede, e, finalmente, das discussões decorrente da criação da súmula vinculante, através da Emenda Constitucional nº 45/2004, fatos que já apontariam para um novo momento da hermenêutica constitucional.

Primeiramente, a decisão proferida no controle concentrado ou difuso pode ser considerada precedente quando tenha efeitos *erga omnes*. O que se pretende não é apenas outorgar autoridade de coisa julgada *erga omnes* à parte dispositiva da decisão, mas sim, demonstrar a *ratio decidendi* da decisão a fim de que não seja desconsiderada pelos demais órgãos judiciários. É o que explica Marinoni:

Assim, quando se questiona a possibilidade de se atribuir eficácia vinculante às decisões tomadas em recurso extraordinário, não se almeja tornar imutável e indiscutível uma decisão de inconstitucionalidade, mas se quer impedir que os demais órgãos do Judiciário neguem os motivos determinantes da decisão. (MARINONI, 2016, p. 298).

Ou seja: o precedente para a Corte Constitucional não é apenas o que a Lei *disse que é precedente*, pode ser até mesmo uma única decisão ou a consolidação de decisões anteriores da própria Corte, com o fortalecimento e o amadurecimento das razões de decidir. Inclusive, podem se tratar também dos julgamentos feitos de maneira colegiada, no STF, que normalmente dizem respeito a casos de mais difícil solução, mais complexos e que exigem maior discussão. Daí porque as críticas ao sistema de precedentes que ainda está tomando forma no Brasil são bem-vindas, vez que a evolução depende do repensar das práticas adotadas pelo próprio Poder Judiciário. Ora, se o STF já tem adotado há anos um sistema de precedentes para si mesmo, por que razão não poderia ocorrer o mesmo em relação aos demais tribunais, aos juízes de primeiro grau e até mesmo aos Órgãos da Administração Pública? Nada mais lógico, especialmente tendo em vista que a ideia do direito como integridade⁸⁷ tem se feito presente no Direito pátrio, sendo objeto de estudos e

⁸⁷ Conforme Pugliese (2016): “A integridade é exposta a partir do pensamento de Ronald Dworkin e se traduz na demanda de que a jurisprudência não pode oferecer resultados diferentes para situações iguais”.

discussões. Segundo Pugliese (2016, p. 144-146), a integridade procura afastar a inconsistência principiológica entre atos do estado. Para o autor “o Direito como integridade exige uma consistência horizontal de princípios, no sentido de que as regras atuais devem refletir o esquema principiológico pelo qual a comunidade está ligada em um determinado momento”. Assim, a ideia de justiça está necessariamente atrelada à ideia de igualdade e de integridade:

O Direito como integridade, portanto, utiliza-se de uma interpretação do passado para compreender o presente. Ela não é, por assim dizer, legitimadora, pois não pretende resgatar ideais ou propósitos políticos ou jurídicos com séculos de idade. Seu foco é justificar o que foi feito de modo a se adaptar a história ao presente. O objetivo dessa história é bem esclarecido pelo autor: “que a prática atual possa ser organizada e justificada em princípios suficientemente atrativos para proporcionar um futuro honroso” [Tradução livre de: “*that present practice can be organized by and justified in principles sufficiently attractive to provide an honourable future*”. (DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 227-228)]. Para melhor explicar ideia do Direito como integridade, ela é representada pela metáfora do romance em cadeia. (PUGLIESE, 2016, p. 146).

Daí porque não pode a Administração Pública ficar desconectada da realidade do sistema jurídico, devendo estar inserida no objetivo de manutenção de coerência e de integridade de todo o sistema⁸⁸. Nesse sentido, é importante relembrar do artigo constitucional⁸⁹ e agora também do CPC/2015⁹⁰ acerca da

⁸⁸ Nesse sentido, vide Barboza (2012), para quem o direito como integridade garante a segurança jurídica.

⁸⁹ CF/88. Art. 93. [...]

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004).

X – as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; [...]

⁹⁰ CPC/2015. Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º – Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

necessária motivação das decisões: frise-se que o juiz pode decidir de forma contrária ao Tribunal caso os motivos determinantes ou as peculiaridades do caso concreto assim exijam, desde que a decisão seja fundamentada, entretanto, não pode o juiz decidir ao seu bel prazer, sem observar os entendimentos anteriores em casos semelhantes: hoje, em decorrência da evolução do próprio constitucionalismo, e da ideia do direito como integridade, se exige em norma constitucional que não só as decisões judiciais, mas também os atos administrativos sejam motivados, retirando-se a possibilidade de que o intérprete se utilize de métodos hermenêuticos a fim de proferir decisões arbitrárias ou discricionárias. De tal forma que a decisão fundamentada é obrigação da Administração Pública, alcançando *status* de Direito Fundamental por força do artigo 93, incisos IX e X da CF/88⁹¹. (ABBOUD, 2014, p. 240-241).

Mais que isso, e tendo em vista que não há no Brasil jurisdição administrativa que funciona em paralelo ao Judiciário, e que o ato Administrativo pode ser revisto pelo Poder Judiciário, o controle de constitucionalidade se estende a todos os Poderes, servindo como forma de proteção aos Direitos Fundamentais. Uma vez que o ato administrativo pode ser controlado pelo Poder Judiciário, a própria Administração Pública deve estar atenta ao que o Supremo Tribunal decide nas matérias de sua competência – em especial, quando as decisões são precedentes, tem eficácia *erga omnes* ou têm efeito vinculante.

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º – No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º – A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

⁹¹ CF/88. Art. 93. [...]

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

X – as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; [...]

Importante lembrar que efeito vinculante e eficácia *erga omnes* são conceitos diversos, na medida em que são institutos diferentes⁹². Na hipótese da existência de efeito vinculante, há um recurso processual específico – a Reclamação, remédio que se presta a preservar a competência e garantir a autoridade das decisões dos Tribunais Superiores. A competência para recebimento da Reclamação é do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, conforme a origem da decisão desrespeitada.

Por fim, ressalta-se a importância da Reclamação (RCL), instrumento jurídico com *status* constitucional que serve precipuamente para preservar a competência do Supremo Tribunal Federal (STF) e garantir a autoridade de suas decisões. A Reclamação nasce no seio do STF, sendo construída jurisprudencialmente pela Corte, estando hoje positivada da Constituição Federal. (art. 102, inc. I, alínea “I”, da CF/88⁹³).

O instituto era regulamentado anteriormente pelo artigo 13 da Lei nº 8.038/1990, revogado pelo CPC/2015, que passou a tratar do assunto no artigo 988 e seguintes. A Reclamação pertence à classe de processos originários do STF, devendo ser ajuizada diretamente no Tribunal, que analisará se o ato questionado

⁹² Vide a explicação de Fróes (2015): “a eficácia *erga omnes* é uma característica geral das normas jurídicas: segundo a qual se estabelece que qualquer pessoa ou ente que se encontre enquadrado na conjectura de incidência deverá observar aquele regramento. A lei tem eficácia *erga omnes*, bem como “a sentença entre A e B vale com respeito a todos enquanto é sentença entre A e B” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres. 4. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 72). Tanto a lei quanto a sentença, entretanto, poderão ter sua incidência afastada de dado caso concreto quando, por exemplo, forem inconstitucionais ou, em decorrência de conflito de normas. O efeito vinculante, por outro lado, é o atributo de dada norma jurídica que a torna de observância obrigatória, cogente. Uma súmula vinculante, v. G., jamais terá sua incidência afastada por conflitar com uma lei ordinária, nem poderá deixar de ser aplicada quando se estiver diante de uma situação fática que demande sua imposição.

A eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante podem ser observados de maneira dissociada, eis que constituem institutos independentes. Assim, enquanto as súmulas persuasivas podem deixar de ser aplicadas pelos magistrados a elas subordinados, simplesmente porque estes adotam interpretação distinta do preceito jurídico no qual se fundou o enunciado, as decisões vinculativas não comportam tal possibilidade. A grande diferença, na prática processual, entre a inobservância de uma norma com efeito *erga omnes* e outra com eficácia vinculante é que: no caso da primeira, o prejudicado terá de percorrer o caminho ordinariamente prescrito pelo Direito Processual para a reforma; todavia, no segundo caso, há um atalho processual para fustigar a desobediência a uma norma dotada de efeito vinculante, a reclamação.”

⁹³ CF/88. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

na ação desrespeitou a competência da Corte ou se contrariou alguma de suas decisões. Após a entrada em vigor do CPC/2015 houve um significativo aumento no número de reclamações que chegam ao STF, não só pela alteração legislativa, mas também em decorrência da adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes pelo STF, que foi feita paulatinamente no decorrer dos anos. Segundo essa teoria, é reconhecida eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão, ou seja, juízes e tribunais devem respeitar não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir. (BARROSO, 2012, p. 212). De tal forma que, pela teoria, a *ratio decidendi* é vinculante à Administração Pública e aos demais Órgãos do Poder Judiciário. Com o aumento do número de reclamações, o STF passou a adotar uma postura consequencialista, deixando de aplicar a teoria⁹⁴. De toda forma, a reclamação ocupa papel de destaque, por sua utilidade na manutenção da autoridade das Cortes.

Por todo o exposto, é preciso pensar na questão da aplicação dos precedentes do STF à Administração Pública, em especial tendo em vista que o controle de constitucionalidade se aplica a todos os Poderes. No capítulo seguinte se verá, especificamente, a questão da vinculação da Administração Pública aos Precedentes do STF.

⁹⁴ Vide, por exemplo: “STF – EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. ADI 1.194/DF. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE RECLAMAÇÃO FUNDADA NA TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. 1. Na ADI 1.194/DF, o STF firmou entendimento de que deve ser preservada a liberdade contratual quanto à destinação dos honorários de sucumbência fixados judicialmente. A condenação dos honorários em favor da União, matéria objeto da reclamação, não guarda pertinência com o parâmetro de controle indicado pelo recorrente. 2. A jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal não reconhece a possibilidade do manejo de reclamação fundada na transcendência dos motivos determinantes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 21.756 RIO GRANDE DO SUL. Relator(a): Min. EDSON FACHIN. Julgamento: 23/02/2016).

3 A VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS PRECEDENTES DO STF EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Embora por muitos anos se tenha defendido a ideia de que não se controlava o mérito do ato administrativo de Poder Judiciário, hoje esse pensamento está ultrapassado, tendo em vista que a tutela dos direitos é feita com a participação de todos os Poderes, e que o sistema de *checks and balances* se presta a coibir o abuso de direito por parte de qualquer dos Poderes – inclusive, os cometidos pela Administração Pública.

Quando a Administração Pública passa a ser a maior cliente do Poder Judiciário, é porque sua atuação não está sendo pautada naqueles princípios inerentes à Administração, previstos no artigo 37 da CF/88. No primeiro momento, demonstra-se estatisticamente a realidade brasileira, para, a partir dela defender a necessidade de que a Administração Pública repense sua forma de aplicar o direito.

3.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO MAIOR CLIENTE DO PODER JUDICIÁRIO

A questão da adoção de precedentes pelo Direito brasileiro e da possibilidade da vinculação da Administração Pública a eles tem como fundamentos os princípios da igualdade, da segurança jurídica, da boa-fé objetiva, da economia e celeridade processual e da eficiência, bem como, o princípio republicano e democrático, aspectos que serão especificamente tratados no próximo capítulo. Para além da proteção aos princípios elencados, a vinculação da Administração Pública aos precedentes do Supremo Tribunal Federal em matéria de Direitos Fundamentais sociais vem também para poupar do Poder Judiciário e – em última medida do próprio cidadão brasileiro – recursos preciosos que poderiam ser despendidos em áreas críticas, mas que acabam sendo consumidos em razão do maior cliente: a Administração Pública.

É necessário se pensar sobre os recursos humanos e monetários, sobre o dinheiro gasto para manter em funcionamento uma estrutura judicial caríssima⁹⁵ a

⁹⁵ Segundo a Lei Orçamentária de 2018, estima-se a receita da União para o exercício financeiro de 2018 no montante de R\$ 3.575.230.380.469,00 (três trilhões, quinhentos e setenta e cinco

fim de resolver questões que deveriam ter sido sanadas já na esfera administrativa. Para além disso, a vinculação da Administração Pública aos precedentes se justifica a fim de que se proteja o Estado Democrático de Direito, a democracia e os direitos sociais.

Conforme informado por Lamy e Schmitz (2012), a Administração Pública Federal, através da Caixa Econômica, do INSS, da Fazenda Nacional, e da União propriamente dita, é responsável por mais de 70% dos processos existentes no País. Essa realidade já amplamente debatida, juntamente com outros fatores, deu azo à chamada “crise do Poder Judiciário”. A discussão de tal crise não é o escopo dessa dissertação, mas o estudo dos números e das estatísticas acerca da judicialização envolvendo a Administração Pública é importante para que se tenha a real dimensão do problema enfrentado pelo país e que leva à justificativa da adoção de precedentes pela Administração como forma de sua solução.

Segundo dados do CNJ (2016), o assunto mais recorrente na Justiça Federal trata de matérias de Direito Previdenciário, seguidas de outras matérias preponderantemente administrativas, na seguinte ordem:

bilhões, duzentos e trinta milhões, trezentos e oitenta mil, quatrocentos e sessenta e nove reais). O orçamento previsto para a educação é de 68,8 bilhões. Em 2018, o orçamento destina R\$ 60,8 bilhões aos órgãos da Justiça. Ou seja: o orçamento para a manutenção do Poder Judiciário aproxima-se do orçamento destinado à educação.

Gráfico 1 – Assuntos mais demandados na Justiça Federal segundo o CNJ 2016 – ano base 2015

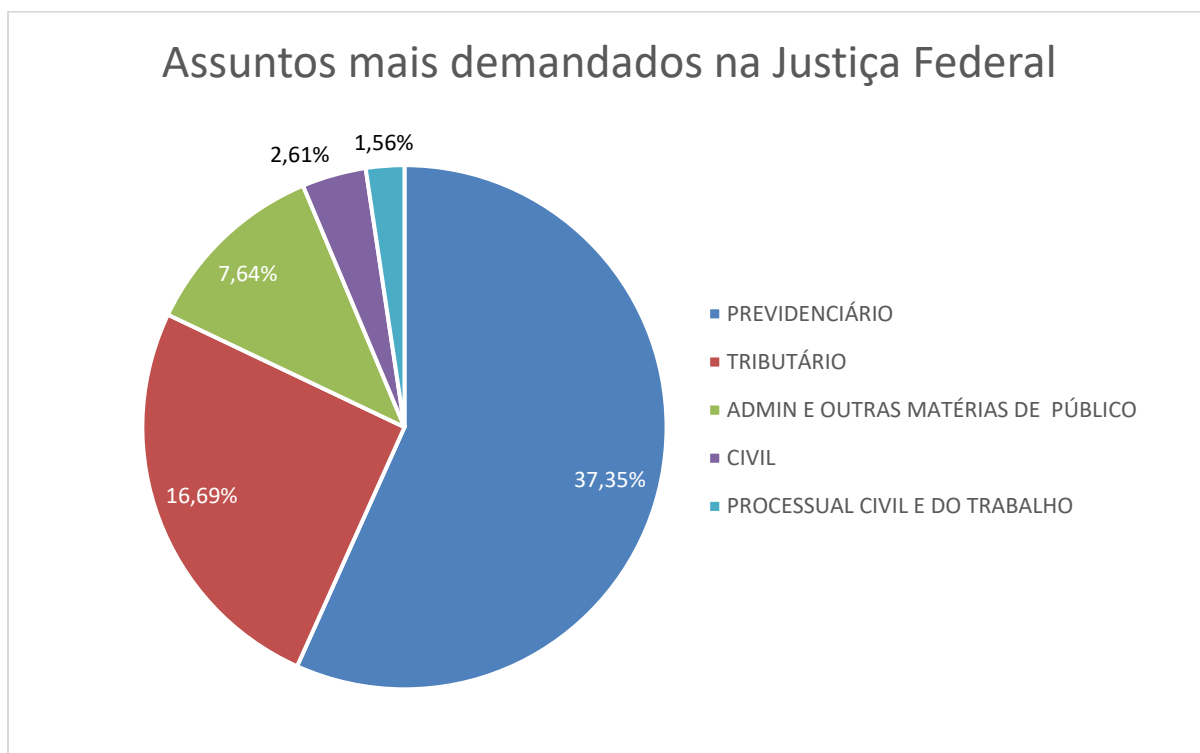
Gráfico 6.92 – Assuntos mais demandados na Justiça Federal

1. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Benefícios em Espécie/Auxílio—Doença Previdenciário	576.618 (11,44%)
2. DIREITO TRIBUTÁRIO - Dívida Ativa	406.485 (8,06%)
3. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Invalidez	316.032 (6,27%)
4. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Organização Político—administrativa/Administração Pública/FGTS/Fundo de Garantia por Tempo de Serviço	221.955 (4,40%)
5. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Benefícios em Espécie/Benefício Assistencial (Art. 203, V CF/88)	189.901 (3,77%)
6. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Idade (Art. 48/51)	177.164 (3,51%)
7. DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições/Contribuições Sociais	150.904 (2,99%)
8. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Tempo de Contribuição (Art. 55/6)	135.296 (2,68%)
9. DIREITO CIVIL - Obrigações/Espécies de Contratos	131.574 (2,61%)
10. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - RMI — Renda Mensal Inicial, Reajustes e Revisões Específicas/RMI — Renda Mensal Inicial	114.704 (2,27%)
11. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Benefícios em Espécie/Pensão por Morte (Art. 74/9)	110.052 (2,18%)
12. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Pedidos Genéricos Relativos aos Benefícios em Espécie/Concessão	109.646 (2,17%)
13. DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos/IRPF/Imposto de Renda de Pessoa Física	99.626 (1,98%)
14. DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições/Contribuições Corporativas	95.538 (1,89%)
15. DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições/Contribuições Previdenciárias	89.469 (1,77%)
16. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -Servidor Público Civil/Sistema Remuneratório e Benefícios	83.970 (1,67%)
17. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Benefícios em Espécie/Aposentadoria Especial (Art. 57/8)	79.564 (1,58%)
18. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -Dívida Ativa não—tributária/Multas e demais Sanções	79.061 (1,57%)
19. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Objetos de cartas precatórias/de ordem	78.807 (1,56%)
20. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - RMI — Renda Mensal Inicial, Reajustes e Revisões Específicas/Reajustes e Revisões Específicos	74.760 (1,48%)

Fonte: CNJ. Justiça em números 2016, ano base 2015.

Da tabela disponibilizada pelo CNJ, é possível elaborar um gráfico específico sobre os assuntos mais demandados na Justiça Federal, por grande área:

Gráfico 2 – Assuntos mais demandados na Justiça Federal por matéria – ano base 2015



Fonte: Elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelo CNJ.
(Justiça em números 2016, ano base 2015).

O Gráfico 2 se refere às ações distribuídas no ano de 2015 e demonstra que 37,35% das ações que tramitam na Justiça Federal dizem respeito apenas a questões previdenciárias, sendo tal seara o gargalo do Poder Judiciário Federal, seguida por ações que têm como temática o Direito Tributário, com 16,69% de participação, e outras matérias de Direito Administrativo e de Direito Público com 7,64% das ações. De tal forma que a Administração Pública é responsável, portanto, por nada menos que 81% (*oitenta e um por cento*) das ações distribuídas na Justiça Federal no ano de 2015.

Até mesmo na Justiça Estadual, o quadro não é muito diferente. A partir dos dados disponibilizados pelo CNJ é possível perceber que as causas que dizem respeito ao 'Direito Tributário' são responsáveis por mais de 10% (dez por cento) das demandas, conforme o Gráfico 3:

Gráfico 3 – Assuntos mais demandados na Justiça Estadual – ano base 2015

Gráfico 4.92 – Assuntos mais demandados no 1º grau (varas)

1. DIREITO TRIBUTÁRIO - Dívida Ativa	1.256.421 (7,88%)
2. DIREITO CIVIL - Obrigações/Espécies de Contratos	1.006.499 (6,31%)
3. DIREITO CIVIL - Família/Alimentos	776.805 (4,87%)
4. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Objetos de cartas precatórias/de ordem/Citação	471.300 (2,95%)
5. DIREITO CIVIL - Família/Casamento	428.864 (2,69%)
6. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Objetos de cartas precatórias/de ordem/Intimação	424.929 (2,66%)
7. DIREITO CIVIL - Família/Relações de Parentesco	411.072 (2,58%)
8. DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos/IPTU/ Imposto Predial e Territorial Urbano	410.182 (2,57%)
9. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Medida Cautelar/Liminar	333.123 (2,09%)
10. DIREITO CIVIL - Obrigações/Espécies de Títulos de Crédito	307.694 (1,93%)
11. DIREITO PENAL - Crimes contra a liberdade pessoal/Ameaça	302.906 (1,90%)
12. DIREITO CIVIL - Coisas/Propriedade	299.181 (1,88%)
13. DIREITO DO CONSUMIDOR - Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral	281.038 (1,76%)
14. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Processo e Procedimento/Antecipação de Tutela / Tutela Específica	266.985 (1,67%)
15. DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Moral	255.297 (1,60%)
16. DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante/Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas	238.814 (1,50%)
17. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Atos Processuais	237.066 (1,49%)
18. DIREITO PENAL - Violência Doméstica Contra a Mulher	233.128 (1,46%)
19. DIREITO PENAL - Lesão Corporal/Decorrente de Violência Doméstica	230.142 (1,44%)
20. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Atos Processuais/Citação	201.646 (1,26%)

Fonte: CNJ. Justiça em números 2016, ano base 2015.

O estudo estatístico é importante para demonstrar a urgência de que a Administração Pública passe a ser mais eficiente na resolução dos próprios conflitos, bem como, demonstra a enorme disparidade na quantidade de processos provenientes da esfera pública em relação àquelas provenientes da esfera privada. Para a presente pesquisa, tendo em vista o exposto, foi feito um estudo estatístico a partir dos dados disponibilizados pelo STF e pelo CNJ⁹⁶, com a produção de gráficos específicos acerca da distribuição por matéria e por classe processual nos anos de 2016 e 2017 (dados atualizados até 09.09.2017).

De tal forma que os gráficos seguintes trazem, respectivamente: a porcentagem da distribuição de ações, por matéria, no STF no ano de 2016; porcentagem da distribuição de ações, por matérias no STF no ano de 2016, especificamente divididas por área: Direito Público *versus* demais matérias; classes mais recorrentes no STF; processos novos por ramos do Direito; ADIs, por matéria, distribuídas no ano de 2016; ADCs distribuídas, por matéria no ano de 2016 e no

⁹⁶ Há uma pequena diferença no número de processos constante dos bancos de dados do STF em relação ao relatório do CNJ, com margem de erro de 2%.

ano de 2017; ADPFs, por matéria, distribuídas no ano de 2016; Reclamações, por área, distribuídas no ano de 2017; Recursos Extraordinários distribuídos, por área, no ano de 2016 e Recursos Extraordinários com Agravo distribuídos no ano de 2016.

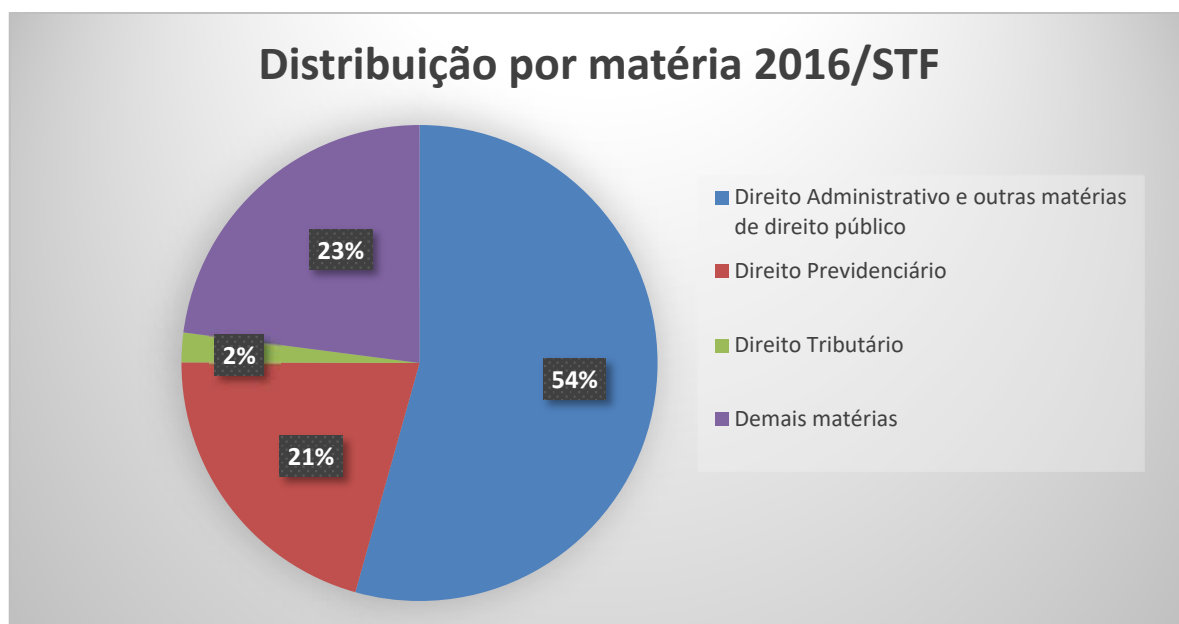
Primeiramente, separamos os 89.959 (oitenta e nove mil, novecentos e cinquenta e nove) processos distribuídos no ano de 2016 por matéria, conforme Tabela 1 e Gráfico 4:

Tabela 1 – Distribuição por matéria – 2016/STF

Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público	48.893
Direito Previdenciário	18.613
Direito Tributário	1.810
Demais matérias	20.643
Total	89.959

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelas Estatísticas do STF (STF, 09.09.2017).

Gráfico 4 – Distribuição por matéria 2016/STF



Fonte: Elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelas Estatísticas do STF (STF, 09.09.2017).

Percebe-se que dos processos distribuídos ao STF no ano de 2016, nada menos do que 77% (*setenta e sete por cento*) dizem respeito a matérias que envolvem a Administração Pública: Direito Administrativo e outras matérias de

Direito Público com 54% (cinquenta e quatro por cento), seguido de processos da área de Direito Previdenciário, com 21% (vinte e um por cento) e de Direito Tributário, com 2% (dois por cento).

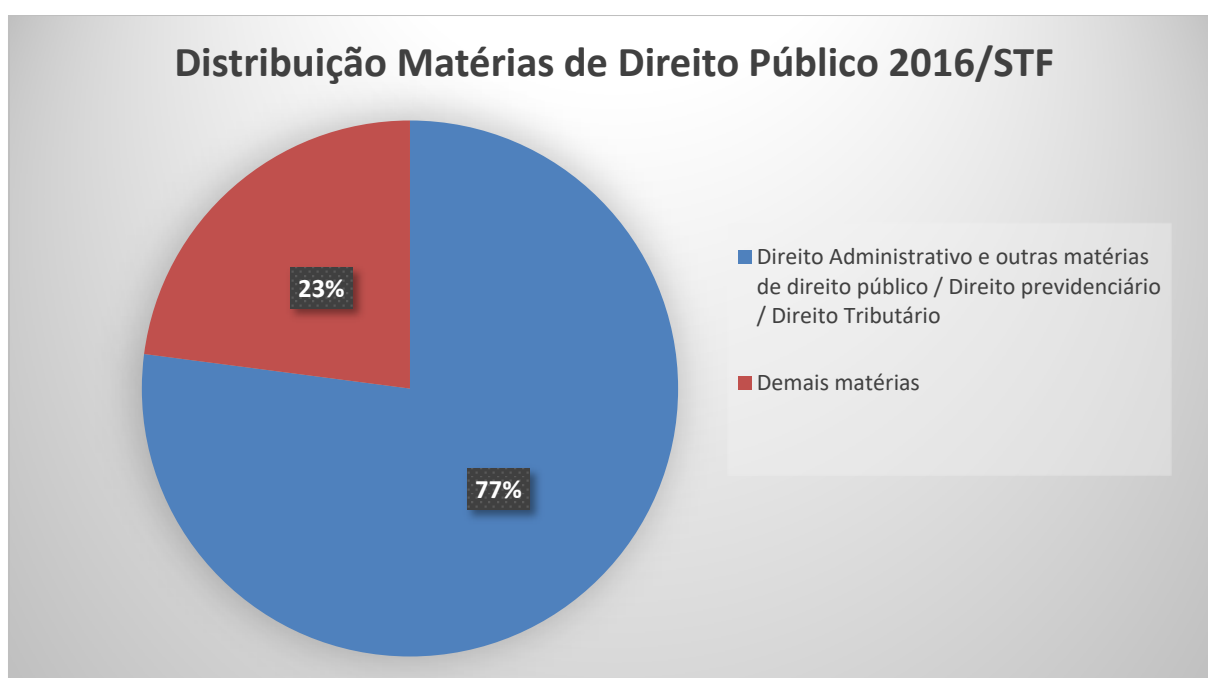
Segundo o relatório Supremo em Ação 2017, ano base 2016, os dois maiores litigantes do acervo do STF em 2016, tanto no polo ativo, quanto no passivo, foram a União e o INSS.

Entre os maiores demandantes (polo ativo) figuram, depois da União (com 4.948 processos) e do INSS (1.612 processos), o Ministério Público Federal (com 1.478 processos), e os Estados do Rio de Janeiro (1.130) e de São Paulo (1.075 processos).

Entre os maiores demandados (polo passivo) estão a União (6.074 processos), o INSS (3.714 processos), o STJ (1.776 processos), o MPF (1.721 processos) e o Estado de São Paulo (1.255 processos).

Esses números corroboram a hipótese de pesquisa, comprovando que a Administração Pública trabalha com excesso de litigiosidade. É o que se depreende, também, do Gráfico 5, em que a disparidade é percebida mais facilmente:

Gráfico 5 – Distribuição por matéria – Direito Público – 2016/STF

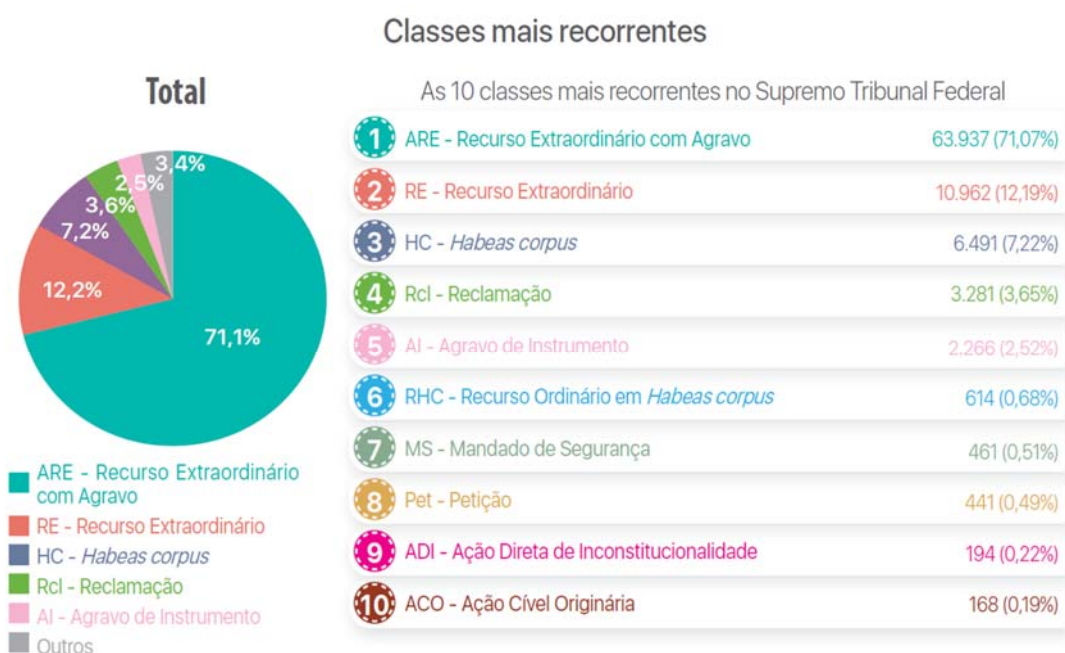


Fonte: Elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelas Estatísticas do STF (STF, 09.09.2017).

Conforme sugerido no capítulo anterior (2.3), possuem força vinculante as decisões proferidas em sede de ADI ou ADIn, ADC, ADPF, no controle concentrado, e em sede de Recurso Extraordinários com repercussão geral, Reclamações, Súmulas e Súmulas Vinculantes, no controle difuso, razão pela qual se fez o estudo estatístico específico sobre essas classes processuais.

O Gráfico 6 mostra quais são as classes mais recorrentes no âmbito do STF.

Gráfico 6 – Classes mais recorrentes no STF – ano base de 2016



Fonte: CNJ. Supremo em Ação 2017 – Ano-base 2016.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal essa grande quantidade de ações envolvendo a Administração Pública acaba por refletir em Reclamações, Recursos Extraordinários, ADIs, etc.

Assim, a partir das matérias mais recorrentes nas lides envolvendo a Administração Pública, são elaborados estudos estatísticos a seguir estampados.

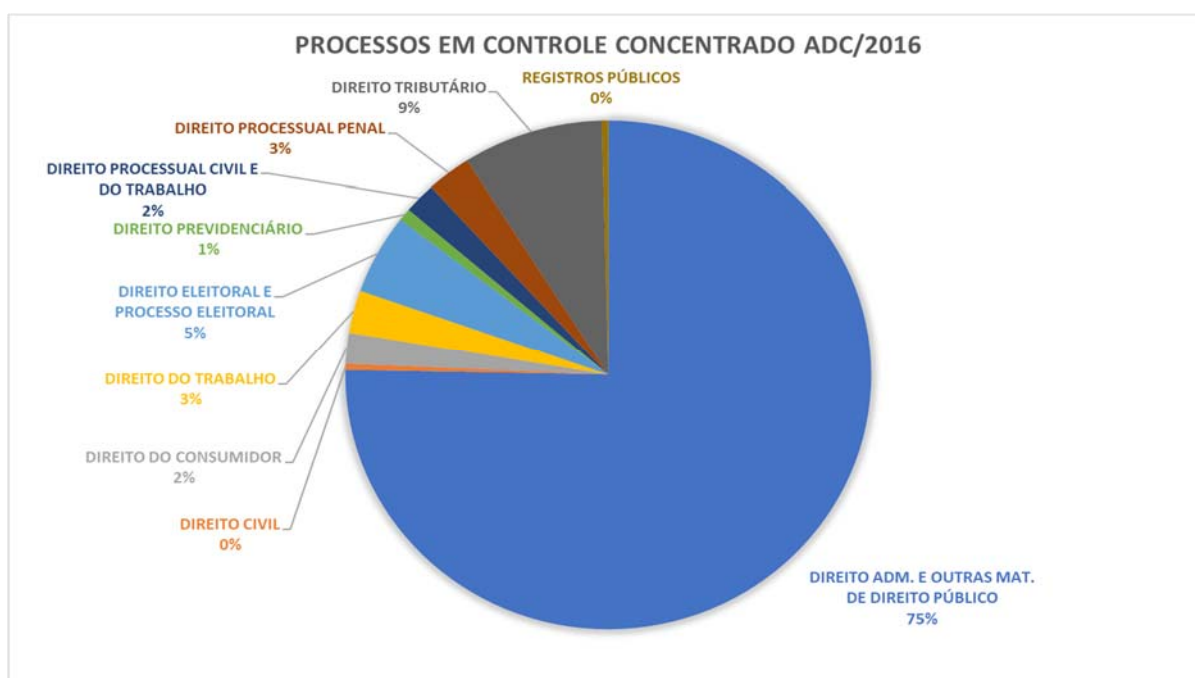
Em sede de controle concentrado, vide a Tabela 2:

**Tabela 2 – Processos distribuídos em sede de controle concentrado
– ano de 2016 – por matéria**

CONTROLE CONCENTRADO 2016	Processos
ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade	6
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade	194
ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	1
ADPF Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	59
Total	260

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelas Estatísticas do STF (STF, 09.09.2017).

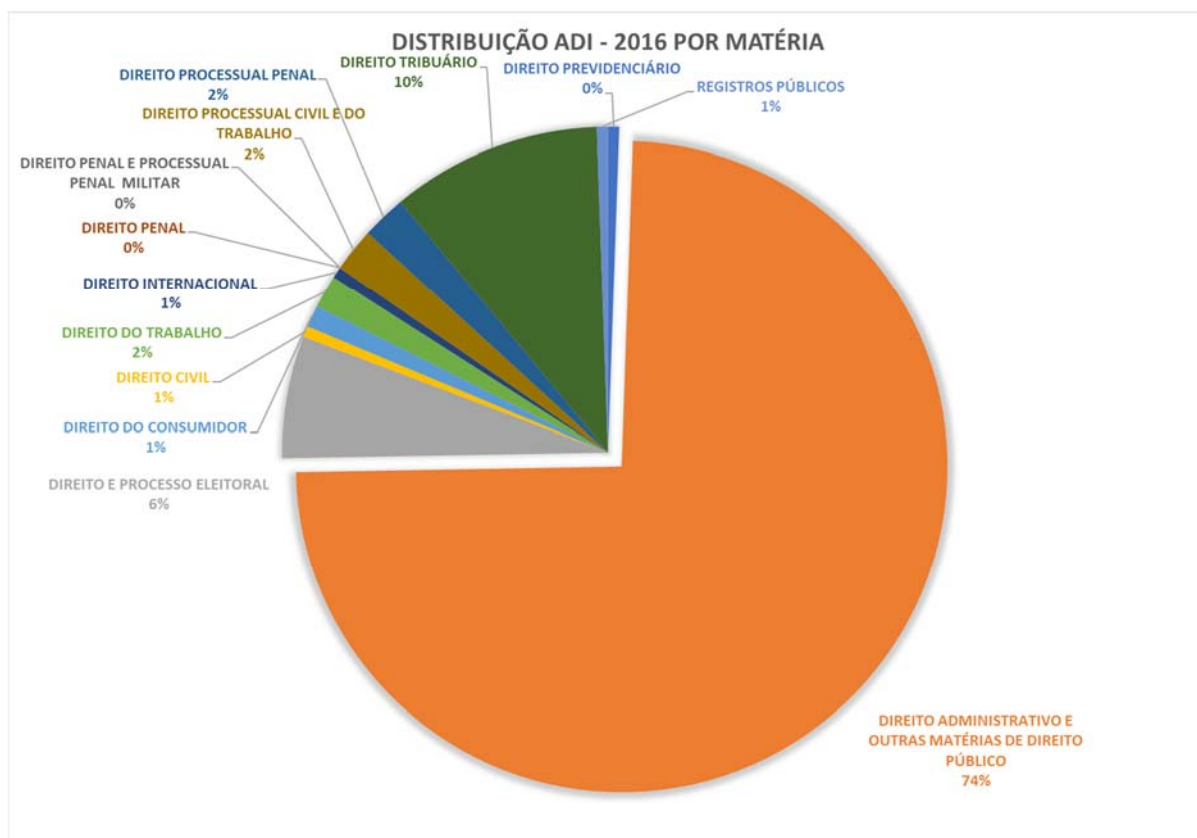
**Gráfico 7 – Processos distribuídos em sede de controle concentrado
– ano de 2016, por matéria**



Fonte: Elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelas Estatísticas do STF (STF, 09.09.2017).

No ano de 2016, o STF recebeu 194 Ações Diretas de Inconstitucionalidade, sendo que as matérias tratadas nas ADINs foram divididas conforme o Gráfico 8.

Gráfico 8 – Distribuição de ADINs – ano de 2016, por matéria



Fonte: Elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelas Estatísticas do STF (STF, 09.09.2017).

Como se depreende do Gráfico 8, as ADINs distribuídas envolvem preponderantemente a Administração Pública, com 74% (setenta e quatro por cento) do total. Frise-se que o Supremo Tribunal Federal pode declarar a inconstitucionalidade parcial de expressões ou palavras, sendo que as decisões proferidas em ADINs têm força vinculante, por força do artigo 102, § 2º da Constituição Federal de 1988⁹⁷.

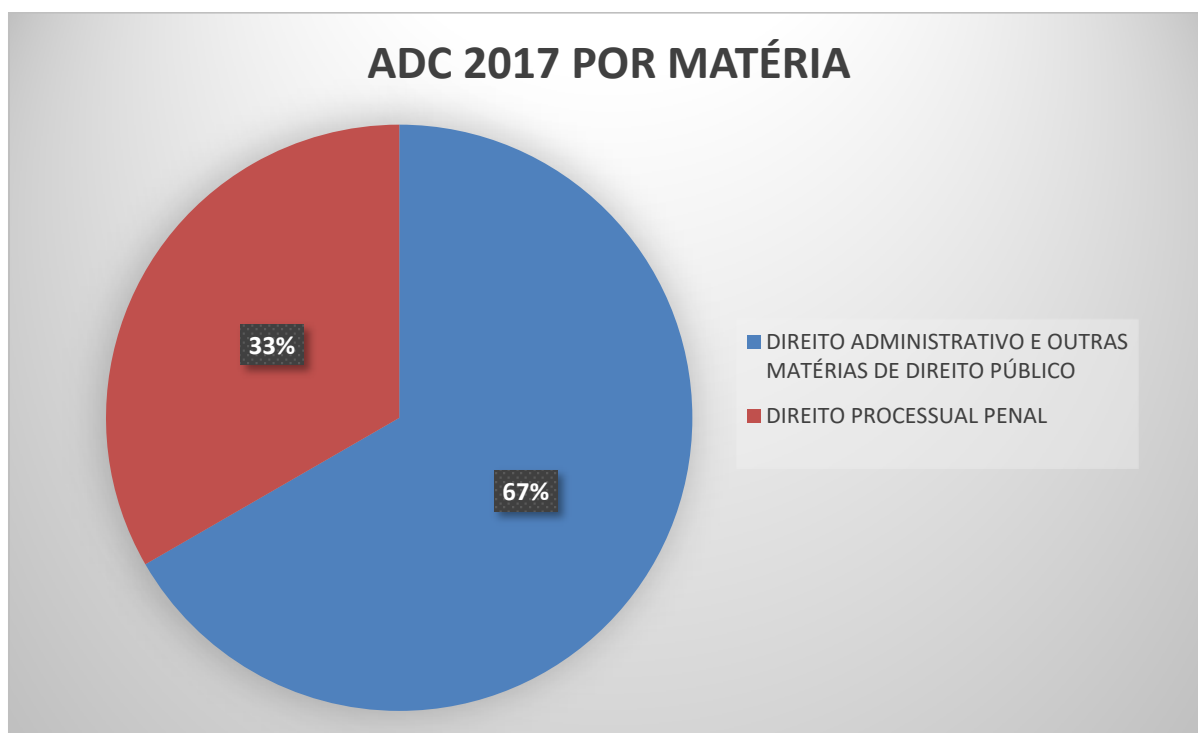
⁹⁷ CF/88. Art. 102. [...]

§ 2º – As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, com exceção do próprio STF.

Portanto, conforme visto, o efeito vinculante em sede de controle concentrado de constitucionalidade atinge todo o Poder Executivo e o Poder Judiciário, mas não o Poder Legislativo.

De igual forma, possuem força vinculante as decisões proferidas em sede de Ações Declaratórias de Constitucionalidade⁹⁸. No ano de 2016, das seis ADCs, quatro foram distribuídas para discutir matérias de Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público e alcançaram 67% do total, conforme demonstrado no Gráfico 9.

Gráfico 9 – ADCs distribuídas – ano de 2017, por matéria – STF

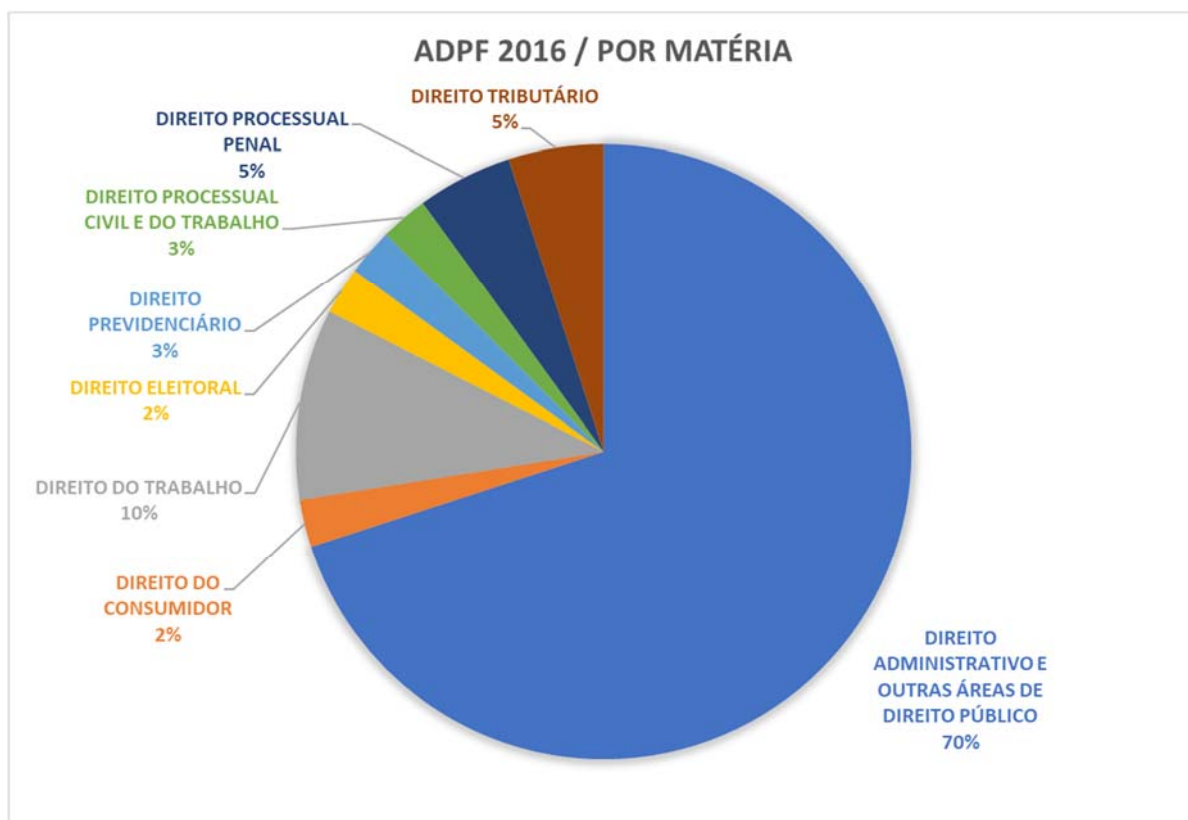


Fonte: Elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelas Estatísticas do STF (STF, 09.09.2017).

No ano de 2016, as 59 ADPFs distribuídas foram divididas por matéria conforme o Gráfico 10.

⁹⁸ Conforme ensina Pinheiro Neto (2016, p. 242), a ação declaratória de constitucionalidade tem por objetivo preservar a constitucionalidade de uma lei federal ou ato normativo federal objeto de divergências no controle difuso de constitucionalidade em meio aos órgãos jurisdicionais do país. Ela está prevista no artigo 102, § 2º, inc. I, alínea 'a' da CF/88 e, o efeito vinculante é conferido às decisões por força do art. 102, § 2º da CF/88.

Gráfico 10 – ADPFs distribuídas – ano de 2016, por matéria – STF



Fonte: Elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelas Estatísticas do STF (STF, 09.09.2017).

Em sede de ADPF a Administração Pública responde por nada menos que 80% das 59 ações distribuídas ao STF no ano de 2016 (computando-se as áreas Direito Administrativo e outras áreas de direito público, Direito Eleitoral, Direito Previdenciários e Direito Tributário).

Mais uma vez, a Administração Pública é a principal parte nas ações distribuídas, corroborando a hipótese de que a sua atual atitude de não se preocupar com as decisões vinculantes do STF está causando o emperramento do Poder Judiciário.

Entre 2009 e 2017 houve um aumento significativo no número de Reclamações dirigidas ao Supremo⁹⁹, em decorrência da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, que trouxe enorme importância para a ação de

⁹⁹ Número de reclamações por ano:

2009 = 1.953	2010 = 1.384	2011 = 1.435	2012 = 1.149
2013 = 2.211	2014 = 2.814	2015 = 3.694	2016 = 3.069

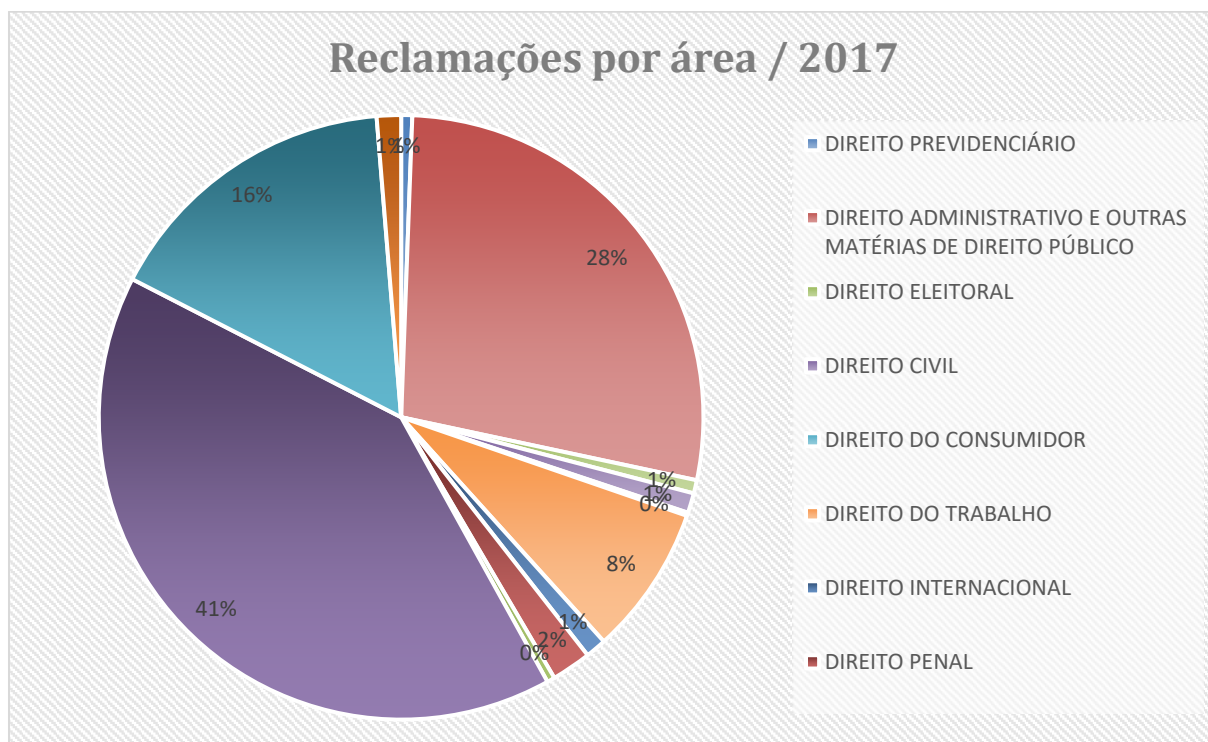
Reclamação. Como a Reclamação assegura o efeito vinculante para os casos em que as decisões vinculantes foram descumpridas, a análise estatística ganha relevância, de tal forma que os dados utilizados foram aqueles disponíveis já no ano de 2017, uma vez que refletem melhor a divisão por matéria pretendida na presente dissertação. De tal forma que o Gráfico 11 analisa as Reclamações do ano de 2017.

Tabela 3 – Reclamações distribuídas – 2017

RECLAMAÇÕES 2017	
Direito Previdenciário	10
Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público	471
Direito Eleitoral	12
Direito Civil	18
Direito do Consumidor	3
Direito do Trabalho	136
Direito Internacional	19
Direito Penal	36
Direito Penal e Processual Penal Militar	7
Direito Processual Civil e do Trabalho	689
Direito Processual Penal	274
Direito Tributário	22
TOTAL	1.697

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelas Estatísticas do STF (STF, 09.09.2017).

Gráfico 11 – Reclamações distribuídas – ano de 2017, por matéria – STF



Fonte: Elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelas Estatísticas do STF (STF, 09.09.2017).

Novamente, vemos a Administração Pública como maior cliente do judiciário. As Reclamações impetradas no ano de 2017 com participação da Administração Pública alcançam 45% (quarenta e cinco por cento) do total (considerando-se as áreas Direito Administrativo e outras áreas de Direito Público, Direito Eleitoral e Direito Previdenciário). Em seguida, com 41% (quarenta e um por cento) das ações distribuídas, estão as pertinentes ao Direito Processual Civil ou do Trabalho.

Conforme demonstrado no Gráfico 6, os Recursos Extraordinários com Agravo e os Recursos Extraordinários correspondem às classes processuais mais demandadas no STF, de tal forma que o estudo estatístico da participação da Administração Pública nessas duas classes processuais é relevante, uma vez que se demonstra que mesmo nas ações individualmente impetradas, a Administração Pública é a campeã em número de ações.

O relatório Supremo em Ação (2017, p. 75) destaca que dos 353 temas julgados, na grande maioria dos casos (254), a Corte se defrontou com novas discussões constitucionais ou mesmo com a necessidade de revisitar sua jurisprudência para superar o entendimento até então dominante (*overruling*).

Ainda, em outros 99 temas, o STF reconheceu a repercussão geral da matéria para reafirmar sua jurisprudência e emprestar aos precedentes a força vinculante e o potencial replicador previstos no Código de Processo Civil de 2015 com as alterações promovidas pela Lei nº 13.256, de 2016.

O Supremo Tribunal Federal negou a existência de repercussão geral em outros 308 casos, reputando a matéria submetida a julgamento como infraconstitucional em 266 oportunidades e irrelevante em 42 situações.

Conforme já dito, os Recursos Extraordinários, com ou sem Agravo, compõem a classe processual com o maior peso nos índices de litigiosidade enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal. Somente em 2016, dos 89.959 processos ingressados no STF, 83,25% foram Recursos Extraordinários, o que dá a dimensão da carga de trabalho empregada para a análise da admissibilidade de tais recursos e, por consequência, sua filtragem pelo mecanismo da repercussão geral.

No Gráfico 12 traz-se primeiramente os dados pertinentes aos Recursos Extraordinários.

Gráfico 12 – Recursos Extraordinários distribuídos – ano de 2016, por matéria – STF



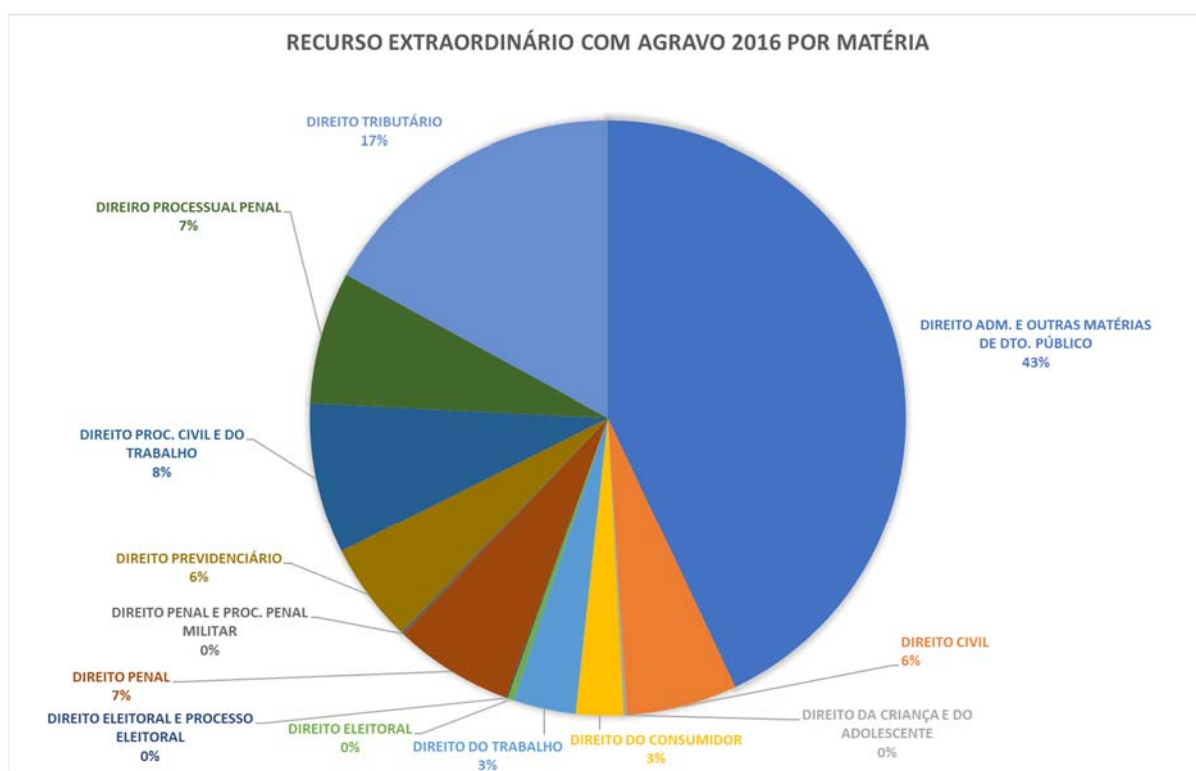
Fonte: Elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelas Estatísticas do STF (STF, 09.09.2017).

Da análise dos dados apresentados é possível concluir que a Administração Pública está envolvida em 77% (setenta e sete por cento) dos Recursos Extraordinários distribuídos no ano de 2016, incluindo as áreas Direito Administrativo

e outras matérias de Direito Público (44%), Direito Tributário (23%) e Direito Previdenciário (10%).

Já no que se refere a impetração dos Recursos Extraordinários com Agravo, que pretendem destrancar recurso extraordinário inadmitido pelo tribunal de segundo grau, novamente é visível a grande participação da Administração Pública, que pode ser analisada no Gráfico 13.

Gráfico 13 – Recursos Extraordinários com Agravo distribuídos – ano de 2016, por matéria – STF

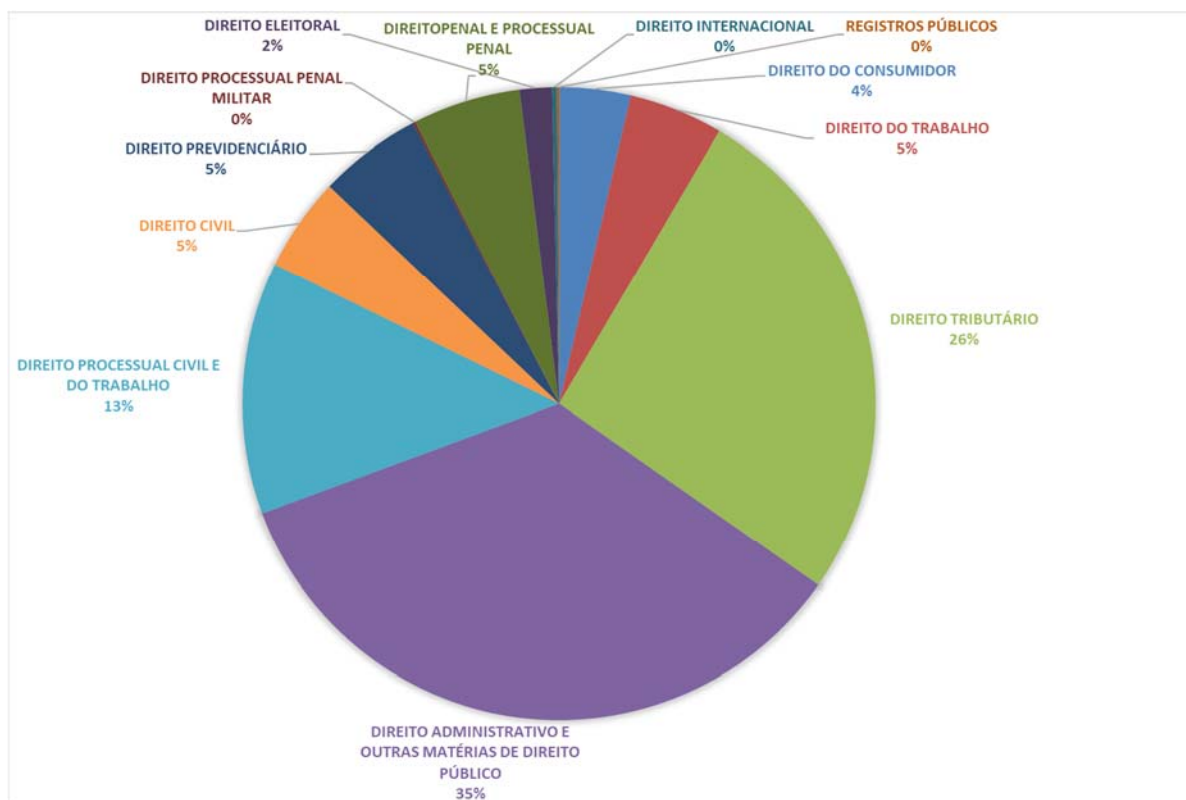


Fonte: Elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelas Estatísticas do STF (STF, 09.09.2017).

Mais uma vez é possível perceber a enorme participação da Administração Pública: 66% dos RExt com agravo se referem às seguintes matérias: Direito Administrativo e outras matérias de direito público (43%), Direito Tributário (17%) e Direito Previdenciário (6%). Perceba-se, especialmente, que há empate entre as matérias de Direito Previdenciário e Direito Civil, ambas com 6%. Ou seja, nessa seara o particular é minoria.

Por fim, o último gráfico traz o estudo estatístico das Repercussões Gerais:

Gráfico 14 – Repercussões Gerais – ano de 2016, por matéria – STF



Fonte: Elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelas Estatísticas do STF (STF, 09.09.2017).

Segundo o relatório Supremo em Ação (2017, p. 74), desde a regulamentação do instituto, o Supremo Tribunal Federal já apreciou a repercussão geral de 943 temas dos quais 633 tiveram a repercussão geral da matéria reconhecida.

O instituto da repercussão geral em Recurso Extraordinário merece uma análise mais aprofundada, tendo em vista que, quando admitida a repercussão geral, resta demonstrada a existência de relevância da matéria, de interesse coletivo, sendo a questão constitucional impactante para um elevado número de pessoas, bem como, há a suspensão de um grande número de processos, por força do disposto no artigo 1.035, § 5º do novo CPC, *verbis*:

Art. 1.035. [...]

§ 5º – Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional. (BRASIL, 2015).

Além disso, a repercussão geral tem ‘efeito multiplicador’, o que demonstra seu efeito vinculante para os casos idênticos em andamento, o que possibilita que o STF decida uma única vez e que, a partir dessa decisão, uma série de processos idênticos seja atingida.

De tal forma que a decisão proferida em sede de Recurso Extraordinário em que se tenha reconhecido a repercussão geral trata-se de precedente, vez que vinculará os tribunais e juízes, em casos similares, na mesma *ratio decidendi*. Deve vincular, também, a Administração Pública, só não sendo vinculante ao Legislativo.

A fim de exemplificar a importância do instituto da repercussão geral, escolhemos um caso específico: o Recurso Extraordinário 888.815/RS (STF, 2015), em que se discute a constitucionalidade do ensino domiciliar, também conhecido como *homeschooling*. A situação jurídica da educação domiciliar no Brasil tem gerado inúmeras controvérsias, sendo que a questão da constitucionalidade da prática da educação domiciliar chegou ao STF em decorrência da lacuna legislativa acerca do assunto. A prática da educação domiciliar tem crescido nos últimos anos: a Associação Nacional de Educação Domiciliar (EDUCAR, [2017]) afirma que cerca de seis mil crianças brasileiras (em 3,2 mil famílias) são educadas em casa, sendo que o número pode ser ainda maior, tendo em vista que muitas famílias optam por não divulgar tal informação, por medo de serem denunciadas. Isso porque é comum que as famílias que não enviam seus filhos à escola recebam a visita do Conselho Tutelar, e, posteriormente, sejam denunciadas à justiça pelo Ministério Público, sob a alegação de que estão cometendo o crime de abandono intelectual dos filhos, nos termos do artigo 246 do Código Penal¹⁰⁰. Os pais podem responder não só criminalmente, mas também, na esfera cível, sendo multados.

Hoje, várias famílias estão respondendo perante a justiça em razão de adotarem a prática do *homeschooling*, tanto que a questão já chegou ao STF, sendo reconhecida a sua *repercussão geral*. De tal forma que a repercussão geral foi reconhecida no RExt, tendo em vista que o interesse alcança várias famílias e, segundo o relator, tem relevância especialmente do ponto de vista social, jurídico e econômico.

¹⁰⁰ Abandono intelectual.

Art. 246. Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:
Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

Para o Ministro Barroso (Recurso Extraordinário 888.815/RS), do ponto de vista social, a questão tem relevância em razão da própria natureza do direito pleiteado, qual seja, o direito à educação domiciliar, sem a obrigatoriedade de escolarização, tanto que previsto no artigo 6º, *caput*, c/c artigo 205, da Constituição, como direito de todos e meio essencial ao exercício da cidadania e à qualificação para o trabalho. Afirma, também, que a relevância jurídica está relacionada à interpretação e alcance das normas constitucionais que preveem a liberdade de ensino e o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas (art. 206, incs. I e II, da CRFB/1988), bem como à definição dos limites da relação entre Estado e família na promoção do direito fundamental à educação. Por fim, afirma que a relevância tem também viés econômico, tendo em conta que, segundo os estudos citados no acórdão, o reconhecimento do *homeschooling* poderia reduzir os gastos públicos com a educação.

Uma vez reconhecida a repercussão geral, o STF sobrestou todos os processos em que se discute a matéria. De tal forma que, quando o STF se decida pela constitucionalidade – ou não – do *homeschooling*, a decisão terá eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, inclusive para a Administração Pública, mesmo que não haja qualquer alteração legislativa.

Tudo isso a fim de demonstrar a gravidade do fato de que a Administração Pública é também a maior cliente do STF quando se trata de Recurso Extraordinário com repercussão geral, respondendo, no ano de 2016, por 68% (sessenta e oito processos) distribuídos nessa categoria.

Os dados e gráficos apresentados confirmam a hipótese de que a Administração Pública é, efetivamente, a maior cliente do Poder Judiciário. Por todo o exposto, sugere-se a necessidade de vinculação da Administração Pública às decisões precedentes do STF como forma de superar este problema.

Apesar disso, um dos principais argumentos utilizados pela Administração Pública para não seguir precedentes diz respeito à “discrecionabilidade administrativa”, sendo definida por Bandeira de Mello (2006, p. 48) como a margem de liberdade dada ao administrador para escolher, valendo-se do princípio da razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da lei ou da liberdade conferida no

mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação apresentada.

Entretanto, o que se percebe é a existência de um abuso por parte da Administração Pública que, no mais das vezes, utiliza a discricionariedade como um escudo a fim de não se adequar aos precedentes exarados pelo Supremo Tribunal Federal. É o que se discute a seguir.

3.2 A QUESTÃO DA DISCRICIONARIEDADE E DA VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O presente capítulo pretende trazer uma reflexão crítica acerca do tratamento jurídico dado ao ato administrativo, abordando a questão da vinculação e da discricionariedade administrativa e a questão da decisão judicial sobre atos administrativos no contexto do pós-positivismo e do constitucionalismo. É importante frisar que o controle do ato administrativo pode ser exercido pelo Judiciário de forma a garantir a proteção de Direitos Fundamentais, e não de forma a substituir a Administração Pública na tomada de decisões administrativas¹⁰¹. Nesse contexto, existe uma obrigação constitucional que é imposta aos entes estatais a fim de que a norma seja cumprida em consonância com a própria Constituição, especialmente, no que se refere às políticas públicas e às normas que se prestam a proteção dos Direitos Fundamentais.

A primeira questão que se coloca quando se fala de discricionariedade administrativa diz respeito ao procedimento administrativo enquanto jurisdição. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 a discussão em torno das expressões “procedimento administrativo” e “processo administrativo” não restou resolvida, nem mesmo em face da redação do inciso LV do artigo 5º da CF/88, dispositivo que trouxe aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, a garantia do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Daí porque ainda hoje há discussão acerca da existência

¹⁰¹ Há de se ter cuidado com a questão da discricionariedade do judiciário, o que se deixa de enfrentar no presente trabalho, por fugir ao tema proposto. Vide, sobre o assunto Abboud (2014, p. 111): “Somente motivos e razões jurídico-constitucionais é que devem assentar uma decisão do STF, sob pena de incorrerem em arbitrariedades e decisionismos”.

de um *processo administrativo* e não apenas de um *procedimento administrativo*. A corrente minoritária ainda defende a existência de mero procedimento administrativo, enquanto a majoritária fala na existência de processo administrativo.

A par dessa discussão, que não é objeto do estudo, ressalta-se que a Lei nº 9.784/1999 regula, expressamente, o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Também o CPC/2015 trata do processo administrativo, quando, em seu artigo 15, afirma: “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”. Ou seja, uma vez que o próprio CPC é aplicado ao processo administrativo, de forma subsidiária, pode-se afirmar que há a obrigatoriedade da observância de precedentes, devendo a Administração Pública adotar posicionamentos coerentes, a fim de pacificar os seus próprios entendimentos. Mas não só isso: a Administração Pública deve se vincular a precedentes para realizar os seus próprios princípios (CF/88, art. 37).

Nesse viés, o papel do constitucionalismo no controle jurisdicional se desenvolveu especificamente para coibir os excessos do Poder Público. Nas palavras de Abboud (2014, p. 104) “é o constitucionalismo que coloca freios e racionaliza o poder”. Para o autor, a jurisdição constitucional possibilita o controle judicial amplo do Poder Executivo, em concreto a atividade da Administração Pública.

Pode-se afirmar que a função da jurisdição constitucional consiste, em um primeiro momento, na limitação do Poder Público, sendo a última sede em que ocorre o controle do Poder Executivo. Ocorre que, em razão do controle de constitucionalidade, e principalmente em virtude das decisões manipulativas, a jurisdição constitucional também possui como característica controlar os erros provenientes do Poder Legislativo. Juntamente com essa função de controle, essa atividade jurisdicional tem por escopo garantir a preservação das minorias e assegurar a concretização e o respeito ao catálogo de direitos previstos no texto constitucional. Em termos dogmáticos, pode-se afirmar que a jurisprudência oriunda da jurisdição constitucional, desde que consistentemente fundamentada, confere coerência e garante a preservação do próprio direito, mais precisamente da própria Constituição Federal. (ABBOUD, 2014, p. 104-105).

Barboza (2005, p. 9-15), afirma que a jurisdição constitucional exerce um papel importante na implementação dos valores substantivos previstos na Constituição Federal de 1988 e, conseqüentemente, na realização da Democracia. Para a autora, o Poder Judiciário, ao exercer a jurisdição constitucional, garante ao

Brasil seu *status* como Estado Democrático de Direito. Não é de hoje que há uma tensão entre o Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo, de tal forma que o Poder Judiciário tem sido a porta de entrada para as demandas que não são atendidas pelo Executivo e pelo Legislativo, especialmente no que se refere à efetivação de Direitos Fundamentais. Daí porque Barboza (2005) discute o caráter contramajoritário da jurisdição constitucional na defesa dos direitos fundamentais. Afirmando que a tensão existente entre a jurisdição constitucional, os direitos fundamentais e a democracia é apenas aparente, uma vez que “a jurisdição constitucional exerce um papel importante na implementação dos valores substantivos previstos na Constituição Federal de 1988, e consequentemente, na realização da democracia”. (BARBOZA, 2005, p. 176).

Conforme Ataíde Junior (2013, p. 98-99), os juízes e, claro, o Supremo Tribunal Federal, ao decidirem, fazem escolhas obedecendo a lógica do sistema de regras e de princípios jurídicos, em observância à segurança jurídica e nos ideais de legitimação democrática:

Nessa perspectiva, é indisfarçável o pragmatismo jurídico em determinadas decisões do Supremo Tribunal Federal, no âmbito da jurisdição constitucional: o abolição do nepotismo no serviço público brasileiro, mesmo sem lei formal, a partir da aplicação direta dos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência administrativas (art. 37, *caput*, Constituição); o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família, sem lei formal e mesmo diante do dispositivo constitucional expresso que reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar (art. 226, § 3º, Constituição), para isso evocando o princípio da dignidade da pessoa humana; e a imposição da fidelidade partidária aos parlamentares eleitos pelo sistema proporcional, também sem lei formal nesse sentido, com justificação no princípio democrático. Em todos esses casos, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição (art. 102), realizou, concretamente, as promessas constitucionais de moralidade e eficiência no serviço público, de não discriminação entre pessoas em função do sexo ou da orientação sexual e de respeito ao postulado democrático. Esses eram os referenciais comuns de cada decisão, os objetivos perseguidos, todos extraídos do texto constitucional. Os argumentos contrários, atinentes, na maioria, à violação dos princípios da separação dos poderes e da legalidade, ante a ausência de debate legislativo, foram afastados em função do fim almejado (pela Constituição). Preferiu-se a solução que melhor atendesse aos princípios constitucionais, ainda que, para isso, fosse necessário abandonar certos pressupostos conceituais, especialmente os referentes às funções de cada poder na República. (ATAÍDE JR, 2013, p. 99).

De maneira que a Administração Pública não pode se quedar inerte às decisões do STF nas matérias que lhe dizem respeito, mantendo a perniciosa

postura de não observar o que a Corte decide – como se não houvesse qualquer obrigação de sua parte no esforço pela consecução dos objetivos constitucionais.

Conforme Abboud (2014, p. 149), no “Estado Constitucional tanto a Administração quanto o Judiciário devem proferir a melhor solução possível do ponto de vista jurídico”. Para o autor, no Estado Constitucional não se deve mais tolerar uma atuação do Poder Público que não tenha amparo direito no texto constitucional e na legalidade vigente. Tendo em vista ser o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição, é perfeitamente lógico que a Administração deva se utilizar dos precedentes desta Corte, especialmente em se tratando de questões relacionadas às Políticas Públicas e à proteção aos Direitos Fundamentais. Assim, “não se pode mais admitir um agir administrativo discricionário e, por consequência, negar ao Judiciário o exame do mérito administrativo”. Mais que isso: tendo em vista que a revisão do ato administrativo pelo Judiciário é plenamente admitida, melhor seria que a Administração já se pautasse no entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, evitando a judicialização e a revisão judicial de seus atos.

Segundo Hachem (2014b, p. 219), “a base para o reconhecimento do dever de respeito da Administração Pública aos precedentes encontra-se no direito fundamental à tutela administrativa efetiva”. Para o autor, o embasamento normativo deriva uma interpretação sistemática dos seguintes dispositivos: (i) artigo 5º, § 2º da Constituição Federal¹⁰²; (ii) artigos 5º, § 1º e 37, *caput*, da CF¹⁰³; (iii) artigos 1º,

¹⁰² CF/88. Art. 5º. [...]

§ 2º – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹⁰³ CF/88. Art. 5º. [...]

§ 1º – As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.
[...]

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

incisos II e III, e 3º, incisos I a IV da CF¹⁰⁴; (iv) artigos 2º, inciso 3º, “a” e “b” do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹⁰⁵.

Trata-se do direito fundamental do cidadão:

1. de receber da Administração Pública, em prazo razoável, uma tutela efetiva – espontânea, integral e igualitária – dos seus direitos;
2. que autoriza a adoção de todas as técnicas e procedimentos administrativos adequados para tanto, mesmo que para atender integralmente às determinações do bloco de constitucionalidade seja necessário, excepcionalmente, agir na falta de lei (*praeter legem*) ou contrariamente à lei (*contra legem*);
3. e que proíbe o Estado de atuar, administrativa ou judicialmente, em prol de seus interesses secundários, quando estes forem descoincidentes com os direitos fundamentais. (HACHEM, 2014b, p. 219).

Conforme salienta Abboud (2014, p. 225, grifo no original), “no Estado Constitucional, *só pode haver discricionariedade para solucionar questões não jurídicas*”, de tal forma que não é possível ao administrador se utilizar da

¹⁰⁴ CF/88. Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana; [...]

[...]

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁰⁵ Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

ARTIGO 2

1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

2. Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a tomar as providências necessárias com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto.

3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a:

a) Garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto tenham sido violados, possa de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais;

b) Garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão; e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial;

c) Garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso.

discricionariedade na solução de questões jurídicas, havendo, portanto, possibilidade de que o mérito do ato administrativo seja examinado pelo Poder Judiciário a fim de corrigir qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Afirma ainda o autor que diversos órgãos da Administração Pública realizam atividade muito próxima da jurisdicional, o que lhes possibilitaria, inclusive, a aplicação direta da Constituição, de tal modo que os atos administrativos que solucionem contendas administrativas/processos administrativos em nenhuma oportunidade podem se pautar em atos discricionários, sob pena de violação ao que dispõe o artigo 93, incs. IX e X da CF/88. (ABBOUD, 2014, p. 226-227).

Abboud (2014, p. 231) assim conclui:

Na esfera do Direito Administrativo, a verdadeira revolução promovida pela Constituição trouxe uma nova visão do ato administrativo discricionário: se outrora o exame do seu mérito era inviolável em juízo, hoje, o Judiciário está autorizado a examinar as razões de conveniência e oportunidade do administrador. (ABBOUD, 2014, p. 231).

Há, portanto, uma nova concepção do Direito Administrativo, sobretudo após a Constituição de 1988, pela qual a Administração Pública está vinculada aos mandamentos constitucionais, sejam eles quais forem, e que a discricionariedade administrativa não pode mais servir de escudo para justificar a atuação ineficiente da Administração, de tal maneira que, em qualquer caso, o controle judicial do mérito do ato administrativo é possível. (ABBOUD, 2014, p. 231).

Nesse sentido, e tendo em vista que a Constituição Federal é o texto normativo que consagra os direitos fundamentais do cidadão, não pode a Administração Pública negar a esses cidadãos tais direitos constitucionais expressamente previstos, alegando uma suposta discricionariedade, bem como, não pode aplicar entendimento diferente do que aquele exarado pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões vinculantes (já descritas anteriormente), posto que estas vinculam, inclusive, o Poder Executivo (só não sendo vinculantes para o Poder Legislativo). Ora, se a Constituição assegura os direitos fundamentais, se o STF decidiu sobre determinada matéria constitucional, garantindo o direito fundamental, a supressão de tais direitos fundamentais não está autorizada à Administração Pública, sendo que eventual limitação a direito fundamental deve ter,

obrigatoriamente, base legal, não podendo ser delimitado com base apenas no “interesse público”.

O controle de constitucionalidade adotado hoje no Brasil é resultado de inúmeras experiências, desde a *judicial review* até a teoria do controle abstrato de Hans Kelsen (já estudadas anteriormente), sendo que a concretização da jurisdição constitucional é responsável pela racionalização e pela limitação do Poder estatal, de tal forma que a limitação, no Estado Constitucional, também se aplica à Administração Pública – pois se trata de Direito Fundamental – estando a Administração subordinada à Constituição e, conseqüentemente, ao Tribunal Constitucional. Para além disso, o próprio limite da separação dos poderes e dos controles recíprocos entre eles prevê a possibilidade de controle de constitucionalidade a vincular a Administração Pública¹⁰⁶.

Uma vez que a Administração Pública está vinculada à Constituição, não pode alegar uma suposta supremacia do interesse público sobre o privado a fim de negar Direitos Fundamentais constitucionalmente previstos, ainda mais por serem os Direitos Fundamentais limitadores do Poder Público.

Por fim, sobre os Direitos Fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet (2012) explica o mecanismo através do qual a Constituição consubstanciou-se nesse espaço precípua de guarida de tais direitos:

Tendo em vista que a proteção da liberdade por meio dos direitos fundamentais é, na verdade, proteção juridicamente mediada, isto é, por meio do Direito, pode afirmar-se com segurança, na esteira do que leciona a melhor doutrina, que a Constituição (e, neste sentido, o Estado constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional. Os direitos fundamentais, consoante oportunamente averbou H.-P. Schneider, podem ser considerados, neste sentido, *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático. Além disso, como já havia sido objeto de previsão expressa na declaração de direitos da ex-colônia inglesa da Virgínia (1776), os direitos fundamentais passaram a ser simultaneamente a base e o fundamento (*basis and foundation of*

¹⁰⁶ Conforme Barbosa (2002, p. 36), “A separação de poderes foi criada com a finalidade precípua de garantir a liberdade do indivíduo frente ao Estado. Ainda que muitos críticos de Montesquieu tenham razão em afirmar que o mesmo propugnou uma divisão de funções, e não uma real separação de poderes, sua preocupação não era com a eficiência do Estado e, sim, com o exercício limitado do poder. O instrumento de limitação era o direito e o objeto de sua tripartição de poderes era as ações do Estado, as quais deveriam ser reguladas pelo direito. Assim, o Poder Legislativo deveria elaborar as leis; o Poder Executivo deveria cumpri-las, cabendo ao Poder Judiciário o papel de árbitro em caso de conflito Estado-cidadão”.

government), afirmando, assim, a ideia de um Estado que, no exercício de seu poder, está condicionado aos limites fixados na sua Constituição. (SARLET, 2012, e-book).

A possibilidade de vinculação da Administração Pública aos precedentes do STF encontra fundamento não só na própria Constituição Federal, como visto, mas em diversos princípios e outros dispositivos infraconstitucionais, como se verá no próximo subcapítulo.

3.3 FUNDAMENTOS DOS PRECEDENTES E SUA APLICAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PRESSUPOSTOS JURÍDICOS PARA A ATRIBUIÇÃO DE FORÇA VINCULANTE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS

A primeira questão que surge quando se fala em vinculação da Administração Pública a precedentes diz respeito ao fundamento legal que obrigaria tal vinculação. A obrigatoriedade decorre de norma constitucional, mas não só dela: decorre de legislação infraconstitucional e de princípios que regem o sistema jurídico brasileiro¹⁰⁷.

Não é demais lembrar que os princípios que regem a Administração Pública estão elencados no artigo 37 da Constituição Federal, que assim dispõe, no *caput*: *verbis*: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. (BRASIL, 1988). De tal forma que não é necessária a existência de lei específica para que se afigure a eficácia vinculante dos precedentes exarados pelo STF à Administração Pública, sendo que a vinculatividade pode ser extraída a partir de princípios, tais como o da igualdade, o da segurança jurídica, o da boa-fé, o da eficiência. Assim, a invocação de certos princípios jurídicos é suficiente para fundamentar a eficácia vinculante dos precedentes judiciais à Administração Pública. Isso porque, conforme Carvalho

¹⁰⁷ Conforme Hachem (2014b, p. 231): Não precisa existir regra legal alguma para que se possa sustentar a obrigatoriedade de a Administração Pública respeitar os precedentes judiciais relativos a direitos fundamentais sociais. Se do princípio da igualdade não fosse possível extrair essa consequência, quedariam bastante abaladas as afirmações, tão propaladas na atualidade, de que princípios constitucionais são normas, revestidas de força jurídica vinculante, e que a atividade administrativa constitucionalizou-se, encontrando-se atualmente submetida à incidência dos direitos fundamentais. Esperar que o legislador tenha de criar essa determinação pela via de lei formal é o mesmo que rejeitar a eficácia jurídica do princípio constitucional (e direito fundamental) da igualdade.

(2016, e-book), “princípios jurídicos são normas jurídicas, tal como as regras, dotadas de elevada normatividade”. Daí porque essa força jurídica permite que os princípios jurídicos sirvam de fundamento para um instituto jurídico, ainda que não regulado pela legislação.

O primeiro princípio que ampara a vinculação da Administração Pública aos precedentes do STF é o da igualdade¹⁰⁸, que pode ser considerado como o mais relevante: o princípio da igualdade é, inclusive, inerente à ideia de República¹⁰⁹ e irmão do princípio democrático segundo o qual “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988).

Nas palavras de Carvalho (2016, e-book):

Para que o princípio da igualdade seja plenamente respeitado é preciso, também, que a lei seja aplicada de maneira isonômica. Do contrário, de que valeria o princípio da igualdade se no momento de sua aplicação ele fosse amesquinhado?

Ou seja: na atividade administrativa situações iguais devem ser tratadas de maneira igual, não bastando apenas que a lei seja igual para todos, devendo ser aplicada do mesmo modo para as situações similares.

Luvizotto (2017), acerca dos precedentes e da garantia do tratamento igualitário assim se posiciona:

A consideração e o seguimento dos precedentes, como já pontuado pela doutrina, asseguram um tratamento igualitário a todas as pessoas

¹⁰⁸ A ofensa à igualdade em decorrência da proteção jurisdicional ocorre naquelas hipóteses em que se instala um descompasso entre a tutela judicial individualmente concedida e a previsão constitucional universalizada dos direitos fundamentais, que investe inúmeros cidadãos na titularidade da mesma posição jurídica que acaba sendo deduzida em juízo de forma singularizada. Como se sabe, o juiz só poderá condenar a Administração Pública a praticar as condutas que ela deveria, espontaneamente, ter realizado para fazer cumprir com as determinações constitucionais, legais e regulamentares. Não há dever jurídico de atuação estatal que nasça da decisão judicial. A obrigação de atuar pré-existe e o seu descumprimento rende ensejo à condenação pelo Judiciário, que se limita a reconhecer a sua exigibilidade jurídica e forçar o Estado a obedecê-la. Logo, a concessão jurisdicional de uma prestação administrativa isoladamente a um determinado indivíduo dirá respeito a um benefício que a Administração deveria, igualmente, fornecer a todos os demais cidadãos que titularizem o mesmo direito exigido na demanda individual. (HACHEM, 2014b, p. 228).

¹⁰⁹ Vide Ataliba (2004, p. 160): “Não teria sentido que os cidadãos se reunissem em república, erigissem um Estado, outorgassem a si mesmos uma Constituição, em termos republicanos, para consagrar instituições que tolerassem ou permitissem – seja de modo direto, seja indireto – a violação da igualdade fundamental, que foi o próprio postulado básico, condicional da ereção do regime.”

submetidas ao império da lei, concretizando a configuração material da igualdade (art. 5º, II da CF), de modo que o princípio da igualdade não mais se atém ao momento da criação da norma (restringindo a capacidade do legislador para realizar um tratamento diferenciado entre as pessoas), mas também ao momento de sua aplicação (restringindo a capacidade do juiz ou da Administração no momento em que reconhece direitos, impõe obrigações ou, de modo geral, resolve situações de incerteza juridicamente relevantes). A consideração da igualdade na aplicação da lei leva à necessidade de uma relação comparativa entre os elementos, coisas, direitos ou pessoas, entre o caso anterior e o caso que está em julgamento; o princípio da igualdade põe em comparação o caso precedente e o caso atual e impõe que se dê o mesmo tratamento quando os critérios relevantes eleitos como importantes para a decisão anterior forem semelhantes no caso atual. (LUVIZOTTO, 2017, p. 66).

Por isso a observância obrigatória, pela Administração Pública, dos precedentes do STF inclusive em sede de controle difuso¹¹⁰, é forma de garantia de igualdade na aplicação do Direito, sendo considerado, também, um direito fundamental¹¹¹.

Ainda, conforme observa Hachem (2014b, p. 220) “o princípio da igualdade serve como um parâmetro mandatório que força a Administração a tratar isonomicamente os cidadãos em qualquer situação, mesmo nas que não envolvem a tutela de direitos sociais”. Contudo, naquelas que envolvem a tutela de direitos sociais, tal dever é ainda maior, já que, conforme o autor, esses direitos têm como essência e razão de existir justamente a necessidade de se promover a igualdade entre os indivíduos, de tal forma que satisfazer desigualmente os direitos fundamentais sociais, criados justamente para reduzir as desigualdades, acaba por

¹¹⁰ V. Hachem (2014b, p. 228): “Como se sabe, o juiz só poderá condenar a Administração Pública a praticar as condutas que ela deveria, espontaneamente, ter realizado para fazer cumprir com as determinações constitucionais, legais e regulamentares. Não há dever jurídico de atuação estatal que nasça da decisão judicial. A obrigação de atuar pré-existe e o seu descumprimento rende ensejo à condenação pelo Judiciário, que se limita a reconhecer a sua exigibilidade jurídica e forçar o Estado a obedecê-la. Logo, a concessão jurisdicional de uma prestação administrativa isoladamente a um determinado indivíduo dirá respeito a um benefício que a Administração deveria, igualmente, fornecer a todos os demais cidadãos que titularizem o mesmo direito exigido na demanda individual”.

¹¹¹ Conforme Hachem (2014b, p. 220): “(i) Um dos fatores de maior destaque a ser considerado em termos de realização dos direitos fundamentais sociais – seja pela via administrativa ou judicial – é a observância do *princípio da igualdade*. Ele se apresenta como o verdadeiro fundamento para a consagração constitucional dos direitos sociais: é para que todos possam desfrutar de posições substancialmente igualitárias no âmbito da sociedade que as Constituições impõem aos Estados o dever de promover ações sociais interventivas, interferindo nas relações interprivadas para equiparar juridicamente os sujeitos hipossuficientes e ampliando o acesso dos marginalizados a bens e serviços econômicos, sociais e culturais. Por esse motivo, pretender implementar tais direitos de forma desigual e anti-isonômica significa incorrer em um disparatado contrassenso, o que acarreta o dever da Administração Pública de respeitar os seus precedentes favoráveis à concessão de direitos sociais aos cidadãos”.

aumentá-las. Além disso, a Administração Pública tem o dever de prestar tratamento isonômico aos particulares que estejam na mesma situação, sendo pernicioso que garanta a um o direito, e negue-o a outro, que esteja na mesma circunstância.

Nessa esteira, o próximo princípio a embasar a obrigatoriedade da vinculação da Administração Pública aos precedentes do STF é o da impessoalidade. Isso porque, segundo Juliana Luvizotto (2017, p. 66), “a razão para o uso de precedentes liga-se à ideia de um sistema jurídico imparcial que faz a mesma justiça a todos, independentemente de quem forem as partes do caso e de quem está julgando e isso não é avesso à tradição jurídica do *civil law*”.

Nas palavras da autora:

Num estado moderno, com muitos juízes e muitas cortes e uma hierarquia estruturada de recursos, as mesmas regras e soluções devem orientar a solução independente do juiz do caso. Deve-se evitar qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou corte para outro e, por isso, é válido e saudável a invocação de precedentes para demonstrar a viabilidade de uma determinada interpretação; os precedentes constituem indícios de que a resposta estatal proferida se adequa ao ordenamento como um todo e não é fragmentária, ultrapassando as questões e os precedentes antagônicos. Deste modo, pode-se dizer que a adoção e seguimento dos precedentes por parte dos órgãos de decisão liga-se à noção de um Estado que se pretende não arbitrário, coerente e que trate de modo igualitário os cidadãos que a ele estão submetidos, enfim, liga-se à noção de um Estado de Direito (LUVIZOTTO, 2017, p. 66).

Assim, a Administração Pública, quando trata os administrados de maneiras desiguais, fere o princípio da impessoalidade, causando, conseqüentemente, a desconfiança por parte da população e uma corrida às portas do judiciário.

O terceiro princípio que ampara a existência de eficácia vinculante das decisões do STF à Administração Pública é o da segurança jurídica. A proteção à segurança jurídica, para Barboza, é compatível com o modelo de direito como integridade proposto por Dworkin, devendo haver previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais. (BARBOZA, 2005, p. 9). Mas não só isso: a previsibilidade é obrigação, também, da Administração Pública, uma vez que “o princípio da segurança jurídica impõe que os atos administrativos sejam realizados sem surpresas, consubstanciados na certeza subjacente ao Direito que é aplicado”. (OLIVEIRA, 2016, p. 103).

Assim, em decorrência do princípio da segurança jurídica a Administração Pública deve observar as decisões que tornaram incontroversas as matérias de sua

competência, nos casos similares, especialmente em se tratando de decisão vinculante do STF, a fim de que se garanta a certeza e a estabilidade. Por fim, sobre o princípio da segurança jurídica, Carvalho (2016, e-book) assim explica:

Reforcemos que o princípio da segurança jurídica não se destina apenas a proteger os cidadãos contra enunciados normativos abstratos, através da obrigação de serem claros e compreensíveis, mas esta proteção se dá também contra mudanças de interpretação sobre determinada norma jurídica.

Daí porque a exigência de que a Administração Pública dê a mesma solução jurídica para casos substancialmente similares garante a efetividade do princípio da segurança jurídica. Conforme Barboza (2011, p. 22) “a segurança jurídica não está no texto da lei ou da Constituição, mas no direito como integridade”. Assim como o judiciário não pode deixar de observar as decisões anteriores, a Administração Pública não pode deixar de observar as decisões do Judiciário nas matérias que lhe digam respeito – já que se almeja a integração, inclusive, entre os Poderes.

O próximo princípio a ser observado quando se trata da matéria é o da boa-fé que deve servir de norte nas relações entre a Administração Pública e os Administrados, posto que na relação entre ambos “deve reinar comportamentos marcados pela sinceridade, lealdade, coerência, respeito ao próximo e, especialmente, pela confiança.” De tal forma que “todos os atos eivados de malícia, surpresas, obscuridade, desonestidade, devem ser, à luz deste princípio, energicamente repudiados”. (CARVALHO, 2016, e-book).

Por essa razão se o Supremo Tribunal Federal tiver decidido sobre determinada matéria de uma forma, deve a Administração se vincular ao que foi decidido pela Corte nos casos que apresentem similaridade, de maneira a não causar surpresa ao administrado, devendo, inclusive, caso veja motivos relevantes para não acatar a decisão vinculante, o fazer de forma justificada e em consonância com a boa-fé, em ato fundamentado, tendo em vista a necessidade de superação, se for o caso, do precedente do STF.

Isso porque o Direito não está engessado pelo precedente – mas deve ser pensado a partir da necessidade social. Disso decorre também o princípio da

eficiência¹¹², uma vez que a Administração Pública deve realizar as suas atribuições com rapidez e da melhor forma possível, sem descuidar do princípio da legalidade. O agir da Administração deve ter qualidade, a fim de evitar a busca do administrado pela solução judicial. Isso porque “a qualidade insatisfatória das decisões transfere ao Poder Judiciário a ineficiência da Administração Pública”. (CARVALHO, 2016, e-book). Por essa razão, a observância de precedentes pela Administração Pública é capaz de garantir a eficiência e a coerência na prestação da tutela administrativa, bem como, economia de recursos aos cofres públicos e a celeridade na prestação.

Por todo o exposto, é possível afirmar que a Administração Pública já teria o dever de observar os precedentes vinculantes, com base nos princípios supramencionados. Entretanto, para alguns, apenas isso não seria suficiente: em decorrência do princípio da legalidade, haveria a necessidade de lei que tornasse a vinculação da Administração obrigatória¹¹³.

Em atenção a essa corrente, apresenta-se as regras que servem como fundamento ao dever da Administração seguir os precedentes vinculantes exarados pelo STF.

Primeiramente, a obrigatoriedade da observância dos precedentes do STF em matéria de Direitos Fundamentais decorre do disposto no artigo 5º, § 1º¹¹⁴ da Constituição Federal de 1988, em que se garante a aplicabilidade imediata das

¹¹² “Outro fundamento, além do princípio da igualdade e de seus desdobramentos, que impõe o dever administrativo de respeito aos precedentes judiciais consiste no princípio da eficiência administrativa (art. 37, *caput*, CF). O não acatamento das posições do Judiciário pela Administração ofende o princípio constitucional da eficiência, pois ao continuar negando individualmente a concessão de direitos àqueles que não possuem uma sentença judicial favorável, a pretexto de estar defendendo o interesse “público [...]” (HACEM, 2014b, p. 230).

¹¹³ Vide, nesse sentido, Oliveira (2016, p. 133): “A inovação almejada pelo Código de Processo Civil de 2015, alterando a historicidade da jurisdição brasileira, baseada na tradição romano-canônica (SILVA, 1997) e na doutrina da separação dos poderes, tem a pretensão de trazer ao sistema jurisdicional, aos jurisdicionados, maior segurança jurídica nas suas relações, seja entre particulares, seja com o Estado. Dentro desse contexto, indaga-se se a administração pública tem o dever, ou apenas faculdade, de também seguir esse novel disciplinamento da jurisdição brasileira dos precedentes vinculantes. A problematização está na permanência ou não do paradigma da atuação administrativa com base no princípio da legalidade, como limitativo ou possibilitador da aplicação dos precedentes vinculantes na administração pública e, se possível, quais são os critérios, mecanismos e instrumentos para tanto. Ainda, impende realçar se além da legalidade, ínsita a atividade política do Poder Legislativo, se igualmente a interpretação do direito pelo Poder Judiciário, no exercício de atividade também política, mas jurisdicional, pode ser objeto de imputação dos atos do Poder Executivo e, em caso positivo, a forma de efetivação. São consequências de um processo institucional democrático e consensual, nos termos aludidos por Jürgen Habermas (2002; 2003a)”.

¹¹⁴ CF/88. Art. 5º. [...]

§ 1º – As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

normas veiculadoras de direitos e garantias fundamentais. Assim, a Administração Pública, por força constitucional, já deveria aplicar de ofício as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, em especial, quando o tema já for pacificado pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, a legislação infraconstitucional também exige da Administração Pública a vinculação às decisões judiciais, bem como a motivação de suas decisões.

Ainda, além dos já citados artigo 93, incisos IX e X da Constituição Federal, do artigo 489 do CPC/2015, merecem destaque a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e o Decreto Federal nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, que consolida normas a serem observadas pela administração pública em virtude de decisões judiciais, dispondo no artigo 1º que “As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração.” (BRASIL, 1997). Mais adiante, o Decreto assim diz:

Art. 2º. Firmada jurisprudência pelos Tribunais Superiores, a Advocacia-Geral da União expedirá súmula a respeito da matéria, cujo enunciado deve ser publicado no Diário Oficial da União, em conformidade com o disposto no artigo 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Por fim, o artigo terceiro, *verbis*: “Art. 3º. À vista das súmulas de que trata o artigo anterior, o Advogado-Geral da União poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais.” (BRASIL, 1997).

Nota-se, portanto, a preocupação do legislador em tornar o sistema jurídico-administrativo harmônico, de forma a manter a segurança jurídica e a própria coerência na efetivação da tutela dos Direitos. Embora pareça que a Administração está vinculada apenas e tão-somente aos seus próprios precedentes, essa ideia merece ser revista.

Nesse sentido, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, no artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII afirma que, nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada a aplicação retroativa de nova interpretação. Ou seja: a interpretação da norma deve

ser a mais favorável ao interesse público, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (CF, art. 5º, XXXVI).

Mais adiante, a Lei diz no artigo 50, que “os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos”¹¹⁵. Daí decorre o princípio da motivação¹¹⁶, aplicável, portanto, inclusive à Administração Pública, e não apenas ao Poder Judiciário.

Assim, a Constituição Federal exige a atuação eficiente da Administração Pública, a aplicação de ofício das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais e, desde 1999 (Lei nº 7.984), especialmente, o legislador ordinário vinculou expressamente as decisões da Administração Pública à jurisprudência, entendida como o conjunto de decisões, aplicações e interpretações das leis de um determinado Tribunal acerca de uma matéria.

Embora a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil, tenha trazido, já na década de 40, do século XX, a ideia de que o juiz deveria se valer dos costumes, na falta de lei específica, a legalidade estrita somente foi mitigada a partir da adoção da tese constitucional da vinculação abstrata, e, em decorrência da dicotomia legalidade *versus* constitucionalidade,

¹¹⁵ Importante transcrever a redação do artigo, tendo em vista que ele traz o fundamento legal da obrigatoriedade da vinculação da Administração Pública à jurisprudência:

“Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V – decidam recursos administrativos;

VI – decorram de reexame de ofício;

VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º – A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º – Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º – A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.”

¹¹⁶ O princípio da motivação das decisões está estampado na CF/88, artigo 93, inciso IX, sendo exigência do Estado de Direito. Assim, a Administração Pública deve demonstrar as razões que embasam as suas decisões, bem como seus motivos determinantes.

houve a aproximação entre os sistemas de *civil law*, adotado no Brasil, e *common law*, adotado em países como Estados Unidos e Inglaterra, conforme se tratou detalhadamente em capítulo anterior.

É importante relembrar que os conceitos de jurisprudência e de precedente, embora próximos, não são sinônimos. Segundo Cramer (2016, p. 72) “jurisprudência é substantivo coletivo, que designa o coletivo de decisões dos tribunais ou de um tribunal no mesmo sentido a respeito da mesma questão”. Já o precedente difere tanto de Súmula quanto de jurisprudência porque ainda que se trate de apenas uma decisão, ela é capaz de servir como Norte para a resolução de diversos casos semelhantes bem como, orientar os julgadores em razão de sua importância e grau de hierarquia. Perceba-se que até mesmo a Jurisprudência vincula, por força de lei, a Administração Pública, sendo que o que aqui se sugere é que a Administração Pública deve seguir, também, os Precedentes, pois *se se pode o mais, se pode o menos*: se deve seguir ‘jurisprudência’, conforme expressamente disposto em lei, tanto mais deve seguir ‘precedentes’, posto que estes vinculam tanto do Poder Executivo quanto o Poder Judiciário.

Quando a Administração Pública, protegida por uma falsa discricionariedade, deixa de cumprir o seu papel, e não garante a efetiva tutela administrativa do Direito, causa uma corrida ao Poder Judiciário, tendo em vista que, segundo o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, não se afastará da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou a ameaça ao Direito. Essa corrida se dá, na maioria das vezes, pelo ingresso de ações individuais, abarrotando-se o Judiciário. Frise-se que o processo administrativo está adstrito aos princípios gerais do processo, tais como devido processo legal, contraditório, ampla defesa e juiz natural; aos princípios de direito administrativo, especificamente à legalidade, à finalidade, à razoabilidade, à proporcionalidade, à motivação, à igualdade, à impessoalidade, à publicidade, à moralidade, à eficiência e à segurança jurídica; e aos princípios específicos de processo administrativo tais como o inquisitório, a oficialidade, a verdade material, a gratuidade e o informalismo.

Diante do exposto, resta demonstrada a necessidade de vinculação da Administração Pública aos precedentes do Supremo Tribunal Federal em matéria de direitos fundamentais como medida de garantia à segurança jurídica, à legalidade, à economia processual e, até mesmo, como medida de lealdade processual.

Além do estudo estatístico que teve a pretensão de evidenciar e comprovar a enorme litigiosidade envolvendo a Administração Pública, com a demonstração de quão perniciosa é essa litigiosidade para a democracia brasileira – já que causa enorme insegurança jurídica - , optou-se por demonstrar, também, não só a necessidade de a Administração Pública se vincular aos precedentes oriundos do STF, mas a possibilidade de o fazer sem ofensa ao princípio da legalidade, o que se faz a seguir, através do estudo de caso escolhido especialmente para confirmar as hipóteses lançadas.

4 ESTUDO DE CASO: A VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Levando-se em consideração que a Administração Pública é a porta para a tutela de direitos na esfera previdenciária, e que não se pode judicializar eventual conflito sem que haja o competente processo administrativo e o indeferimento na via administrativa, o caso escolhido está adstrito ao direito previdenciário, especialmente, tendo em vista que o INSS é um dos maiores litigantes do país.

4.1 A QUESTÃO DA AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE AMPARO ASSISTENCIAL AO IDOSO E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LOAS)

Sísifo, no Hades, tinha que rolar uma enorme pedra colina acima para, quase no topo, vê-la rolar colina abaixo e começar tudo de novo. No Brasil, o Poder Judiciário continua a desenvolver um verdadeiro trabalho de Sísifo, muito em razão da inefetividade administrativa, especialmente, da má aplicação da “discrecionariedade administrativa”¹¹⁷ utilizada como escudo pela Administração Pública, que frequentemente não observa assuntos já pacificados em sede judicial, continuando a aplicar seu próprio entendimento, em detrimento da jurisprudência firmada e dos próprios precedentes dos Tribunais – mesmo quando se trate do Supremo Tribunal Federal.

O princípio da discrecionariedade administrativa é uma margem de liberdade concedida à Administração para que essa possa garantir a concretização do interesse público mediante critérios de conveniência e oportunidade, mas não deve ser utilizado como pretexto para a adoção de medidas arbitrárias, especialmente no Estado Democrático de Direito. Para Abboud (2014, p. 222), inclusive, não existe

¹¹⁷ A Constituição portuguesa traz um artigo específico acerca dos princípios fundamentais e da subordinação da Administração Pública à Constituição:

“Artigo 266.º – (Princípios fundamentais).

1. A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da imparcialidade.”

diferença entre ato discricionário e ato arbitrário “exatamente por não admitirmos a utilização da discricionariedade para se solucionar questões jurídicas no Estado Constitucional” razão pela qual “se torna supérflua a diferenciação entre ela e a arbitrariedade, na medida em que ambas estão dissociadas do Direito”. Isso porque quando o Poder Público age de forma discricionária, não há a observação do constitucionalismo como superação do princípio da legalidade na esfera administrativa.

Assim, para ilustrar a necessidade de vinculação da Administração Pública aos precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) escolheu-se o estudo de caso. Tendo em vista que a Assistência Social é considerada Direito Fundamental, e levando-se em consideração a tutela Constitucional da matéria, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia responsável por garantir proteção aos cidadãos por meio do reconhecimento de direitos, com o objetivo de promover o bem-estar social, acaba por figurar como um dos maiores litigantes junto ao Poder Judiciário brasileiro¹¹⁸. Dentre os inúmeros casos que têm como parte a autarquia previdenciária, é comum a discussão acerca do benefício de amparo assistencial ao idoso e à pessoa com deficiência previsto na CF/88, artigo 203, inciso V e no artigo 20 da Lei nº 8.742/1993, que garante um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, independentemente de contribuição para o sistema da Previdência Social.

Para fazer jus ao benefício é necessário que o idoso ou o portador de deficiência que se encontre em situação de miserabilidade faça o pedido pela via administrativa, cabendo ao INSS a verificação de todos os requisitos legais, que, como veremos, não são poucos. No presente capítulo se fará a discussão da necessidade de adequação das decisões administrativas do INSS aos precedentes do STF no que concerne à aferição da miserabilidade, previsto no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993, vez que a enorme disparidade do entendimento da Administração Pública em vistas das decisões do STF produz insegurança jurídica

¹¹⁸ Segundo dados do CNJ, o Benefício Assistencial (art. 203, inc. V, CF/88) foi o quinto assunto mais demandado na Justiça Federal, com 189.901 ações, correspondendo a 3,77% das ações ajuizadas. (CNJ, 2016). A escolha do tema de Direito Previdenciário para o estudo de caso se deve ao fato de que o INSS é o maior litigante do país, segundo o CNJ. (CNJ/DPJ, 2011).

e uma enxurrada de ações, onerando o Judiciário e a máquina pública, bem como, colocando em risco a consecução dos direitos sociais constitucionalmente previstos.

Assim, no presente capítulo tem-se como principal objetivo demonstrar o atual posicionamento do STF no que se refere ao critério de concessão do benefício de amparo assistencial ao idoso e a pessoa com deficiência (LOAS), bem como, com base no que já foi estudado nos capítulos anteriores, analisar a necessidade de vinculação da Administração Pública (INSS) aos precedentes judiciais do STF, a mais alta corte, que atualmente se posiciona pela flexibilização dos critérios para aferição da condição de miserabilidade, especialmente previsto no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993.

Para tanto, será demonstrado que a Administração Pública não deve estar vinculada apenas e tão-somente à lei, e sim, também deve estar vinculada aos princípios constitucionais que fundamentam as decisões do STF – inclusive, sendo possível a utilização dos precedentes judiciais para fundamentar suas decisões em âmbito administrativo, sem ferir o princípio da legalidade administrativa.

Além disso, o estudo do caso concreto propõe que a vinculação do INSS aos precedentes do STF na matéria trará economia de enorme soma aos cofres públicos, tendo em vista que as negativas em âmbito administrativo – pautadas em uma legalidade restrita – produzem, repita-se, uma corrida ao judiciário, em razão da aludida disparidade de posicionamentos do INSS e do STF sobre os critérios de concessão do LOAS¹¹⁹. Ainda, essa prática pode poupar recursos humanos e financeiros despendidos com a manutenção da administração previdenciária, com a AGU e com o próprio Poder Judiciário¹²⁰. Mas não só isso: a vinculação do INSS aos precedentes do STF é meio de garantir a igualdade, a isonomia, e, em última análise, a efetividade dos direitos sociais.

¹¹⁹ No site do Tribunal Regional Federal da 4ª Região uma busca pelos julgados das Turmas Recursais, resulta em 24.945 processos em que se discute a “miserabilidade” para a concessão do Benefício da Prestação Continuada (BPC). (TRF4, [2018]).

¹²⁰ Segundo a Lei Orçamentária de 2018, estima-se a receita da União para o exercício financeiro de 2018 no montante de R\$ 3.575.230.380.469,00 (três trilhões, quinhentos e setenta e cinco bilhões, duzentos e trinta milhões, trezentos e oitenta mil, quatrocentos e sessenta e nove reais). O orçamento previsto para a educação é de 68,8 bilhões. Em 2018, o orçamento destina R\$ 60,8 bilhões aos órgãos da Justiça. Ou seja: o orçamento para a manutenção do Poder Judiciário aproxima-se ao orçamento da educação.

Para contextualizar o estudo, faz-se necessário tratar do surgimento de tal benefício, para posteriormente esmiuçar o entendimento atual do STF acerca da matéria, especialmente no que se refere ao polêmico critério de miserabilidade insculpido no artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/1993¹²¹. Daí porque é necessário compreender primeiramente o instituto em seu contexto histórico, bem como, sua relevância na consecução dos objetivos de proteção aos Direitos Humanos Fundamentais.

4.2 SEGURIDADE SOCIAL E O TRATAMENTO LEGAL DO BENEFÍCIO DE AMPARO ASSISTENCIAL AO IDOSO E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LOAS)

A Seguridade Social, entendida como Previdência Social, Saúde e Assistência Social dá bases à justiça distributiva e social, provedora de recursos que satisfarão o direito subjetivo de dignidade da pessoa humana. Há um propósito de oferecer além da previdência social, serviços de saúde, reabilitação, reeducação e bem-estar social (SAVARIS, 2014, p. 36-37). A seguridade social está inserida no Título VIII da Constituição Federal de 1988, dedicado à ordem social. Assim, a Constituição elevou o direito à proteção social como direito fundamental: não apenas porque insculpidos na Constituição, os direitos relativos à previdência, saúde e assistência social são considerados direitos sociais, sendo que dentro da assistência social, o benefício de amparo assistencial ao idoso e a pessoa com deficiência (LOAS), foi o objeto de pesquisa escolhido especificamente para ilustrar o tema, por ser matéria que gera enormes discussões nos tribunais.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu artigo 203, inciso V, a previsão de um benefício assistencial específico, garantindo um salário mínimo à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, cabendo ao legislador a tarefa de disciplinar a concessão do benefício assistencial. Trata-se, portanto, de norma de eficácia limitada, que dependia especificamente de norma reguladora, editada somente em 1993, com a publicação de Lei nº 8.742.

¹²¹ *In verbis*: “§ 3º – Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.”

Assim previu a Constituição Federal de 1988:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II – o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III – a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V – **a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.** (grifo nosso).

Historicamente, um dos tripés da Seguridade Social – a Assistência Social – foi visto, num primeiro momento, como mera forma de caridade, distribuição de benesses, de cunho clientelista, paternalista-estatal, estando ligada, inclusive, às ações de grupos religiosos para auxílio de pobres e desvalidos (PEREIRA, 1996, p. 99-100). Surgiu, portanto, não como forma de proteção e amparo social efetivo, nem tinha como perspectiva a seguridade social. Isso, infelizmente, se reflete até os dias atuais. Note-se que mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, a primeira redação Lei Orgânica da Assistência Social foi vetada pelo Congresso Nacional em 1990, sendo que apenas no ano de 1993 houve a efetiva aprovação da Lei Orgânica da Assistência Social (Projeto de Lei de nº 3099/89; Lei nº 8.742/1993): repita-se que foi apenas em 1993, com a edição da Lei Orgânica da Assistência Social, que o sistema brasileiro passou a considerar a proteção aos desempregados e aos que estavam fora do mercado formal de trabalho, como Política Pública. Entretanto, apenas em 2004 foi aprovada a primeira Política Nacional de Assistência Social (PNAS/2004). Ou seja: o Brasil ainda engatinha no que se refere à proteção aos direitos sociais, mormente aqueles decorrentes da Assistência Social.

Fazendo um breve comparativo com países como França e Espanha¹²², é possível perceber que lá foram criados sistemas públicos de proteção mais amplos, enquanto que em países menos desenvolvidos, como o Brasil, optou-se por separar a proteção social em dois grupos: a assistência social aos pobres, e a previdência social àqueles que podem efetivamente contribuir para o sistema. Tanto é assim que a previdência social funciona efetivamente como uma espécie de seguro: não são

¹²² Por opção metodológica, não será feito estudo comparativo aprofundado.

raros os casos de trabalhadores que, acometidos pelo infortúnio da doença ou do desemprego, se veem desamparados porque lhes escorreu pelos dedos a areia do tempo, perdendo a qualidade de segurados, restando sem proteção mesmo quando contribuíram por quase toda uma vida para o atual sistema. Por outro lado, a Lei não é eficaz o suficiente para barrar o recebimento de benefícios assistenciais a pessoas que deles não necessitam, e os requisitos para a concessão de benefícios como Bolsa-Família e amparo assistencial aos idosos e às pessoas com deficiência não garantem justiça social.

Conforme veremos a seguir, a redação do artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/1993 é, nesse contexto, a responsável pelas maiores polêmicas no que se refere à concessão desse benefício, vez que ela assim dispõe:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

[...]

§ 3º – **Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.** (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011) (grifo nosso).

Trata-se aqui do critério de miserabilidade que, juntamente com os demais critérios definidos em lei (idade mínima; quem pode ser considerado portador de deficiência ou portador de necessidades especiais; quem são os componentes do grupo familiar), define aqueles que têm direito ao benefício popularmente conhecido como 'LOAS'. Assim, além do critério da miserabilidade, temos o requisito da idade mínima, que, com a entrada em vigor do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) e da Lei nº 12.435/2011, atualizou o artigo 20 da Lei nº 8.742/1993, sendo atualmente de 65 anos. Entretanto, o critério de idade foi alterado outras duas vezes, sendo de 70 anos entre 01/01/1996 a 31/12/1997, com a redação original da Lei nº 8.742/1993, e de 67 anos entre 01/01/1998 e 31/12/2003, em razão da Lei nº 9.720/1998.

Já para o legislador definir quem é o portador de deficiência ou necessidades especiais, o critério foi estampado no § 2º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993, com

redação dada pela Lei nº 12.470/2011, considerando-se impedimento de longo prazo aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de dois anos¹²³.

Além disso, nos termos do § 6º, a concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de incapacidade, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional do Seguro Social. Ainda, a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (TNU) já editou súmula a esse respeito, nos seguintes termos:

Para os efeitos do artigo 20, § 2º, da Lei nº 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento. (Súmula 29 – TNU).

Bem como, a própria Advocacia-Geral da União tem posicionamento em Súmula, de nº 30, segundo a qual “A incapacidade para prover a própria subsistência por meio do trabalho é suficiente para a caracterização da incapacidade para a vida independente”. É pacífico, portanto, que a deficiência que impossibilita a pessoa para o trabalho é suficiente para fins de concessão do benefício assistencial.

Por fim, acerca da composição do grupo familiar para realização do cálculo da renda *per capita*, de ¼ do salário mínimo, o § 1º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993 determina que a família é composta “pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, *desde que vivam sob o mesmo teto*”. (grifei).

Nota-se, portanto, que o INSS tem critérios bastante rígidos e específicos para a concessão do benefício assistencial, sendo que, no presente capítulo, se atentarão especificamente ao critério da miserabilidade previsto no § 3º, segundo o

¹²³ Lei nº 8.742/1993. Art. 20. [...]

§ 2º – Para efeito de concessão deste benefício, considera-se: (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011).

I – pessoa com **deficiência**: aquela que tem **impedimentos de longo prazo** de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas; (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011).

II – impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011).

qual a renda mensal *per capita* do grupo familiar seja inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário-mínimo. Isso porque o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou em mais de uma oportunidade sobre esse critério, promovendo a sua flexibilização, em completa dissonância ao entendimento da Autarquia Previdenciária, que é absolutamente apegada ao critério da renda, sem levar em contas outras formas de aferição da miserabilidade do idoso ou da pessoa portadora de deficiência, numa interpretação absolutamente legalista.

Conforme já ressaltado, a grande questão quanto à efetivação dos direitos fundamentais sociais para aqueles que dependem da assistência social não se restringe à mera existência e aplicação da norma. De fato, a interpretação administrativa e a interpretação judicial da norma, bem como a sua aplicação em casos semelhantes, no Brasil, não é uniforme, existindo diversos pedidos de uniformização de interpretação de lei federal¹²⁴.

Na seara da Assistência Social, a norma deve ser interpretada em consonância com os princípios de Direitos Humanos, tendo em vista a necessidade de consecução dos direitos fundamentais ao mínimo existencial. Nesse sentido, Estefânia Barboza (2014, p. 20) afirma que “na última década, no Brasil, o Direito Constitucional tem deixado para trás o positivismo jurídico, para buscar um direito material principiológico que tem como supremacia os direitos humanos fundamentais”. Segundo a autora:

[...] se passa a uma nova referência de decisões não mais baseadas apenas no direito escrito, mas em elementos extrajurídicos, na medida em que se assume que o texto constitucional tem conteúdo moral, aproximando o direito da ética. Nessa dimensão é necessária uma leitura moral da Constituição, o que não significa desprezar o direito posto, nem buscar categorias metafísicas para a sua justificação. (BARBOZA, 2014, p. 20).

Assim, para se ter ideia da gravidade do atual quadro acerca da interpretação divergente da Administração e do Judiciário na matéria, as concessões judiciais de benefícios da previdência e seguridade ultrapassam 10% (INSS, 2014) do total de concessões implantadas pela autarquia previdenciária e a autarquia previdenciária é a maior litigante da Justiça Federal (34,35% das demandas)

¹²⁴ Importante refletir que mesmo com a grande quantidade de demandas contra o INSS, muitos não procuram seus direitos pela via judicial, contentando-se com a resposta negativa em sede administrativa, em grande parte, por desconhecer os próprios direitos.

(CNJ/DPJ, 2012). Esses números assustam. O quadro é ainda mais grave se levarmos em consideração que as decisões administrativas do Conselho de Recursos da Previdência Social e judiciais dos Tribunais Superiores Federais não se vinculam (HACHEM, 2014b, p. 229).

Entretanto, o que aqui se defende é a premente necessidade de promover a efetiva vinculação da Administração Pública aos precedentes do Supremo Tribunal Federal em matéria de Direitos Fundamentais. Conforme a Lei Orgânica da Assistência Social, ela é dever do Estado, que, por meio de uma política de seguridade social *não contributiva*, deve prover os mínimos sociais através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas (art. 1º, Lei nº 8.742/1993). Entretanto, a disparidade de entendimentos acerca do tema em âmbito administrativo e judicial traz à baila a questão dos precedentes e a necessidade de adequação da interpretação da lei aos princípios inerentes aos Direitos Humanos.

É certo que a seguridade social adota o princípio da solidariedade como base, mas a legislação atual, confusa e desfigurada por caóticas alterações, não garante proteção efetiva aos direitos fundamentais e humanos, tornando o sistema desigual e inefetivo, mormente se levarmos em conta as desigualdades regionais inerentes ao Brasil. De uma legislação caótica, surgem entendimentos dos mais variados, em âmbito administrativo e judicial, acerca de casos muitíssimo semelhantes, o que gera insegurança jurídica. Logicamente, esse quadro fez bater às portas do STF discussões sobre a inconstitucionalidade do artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/1993, bem como, acerca da flexibilização do entendimento sobre os critérios de aferição da miserabilidade. Mesmo após a solidificação jurisprudencial nos Tribunais e até mesmo após decisões precedentes do STF acerca da matéria, não param de chegar ao judiciário ações em que se discute a forma de comprovação da miserabilidade, bem como, acerca da constitucionalidade dos critérios para concessão do benefício popularmente conhecido como LOAS. Isso porque o INSS adota o critério objetivo de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo *per capita*, sem dar margem a qualquer outra prova da miserabilidade aludida no artigo 203, V, da Constituição.

A questão da constitucionalidade do critério de miserabilidade previsto no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993 passou a ser objeto de discussão jurisprudencial, culminando com a impetração da Ação Direta de

Inconstitucionalidade 1.232/DF, que questionava justamente a constitucionalidade do citado § 3º. Em 1998 o Supremo Tribunal Federal se posicionou pela constitucionalidade do dispositivo, conforme a seguir:

ADIN 1232/DF. CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO A PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.” (ADIN- 1232-1/DF – Tribunal Pleno – Julg. 27.08.1998 – DJ 01.6.2001 – Min. Ilmar Galvão e para o acórdão Min. Nelson Jobim).

Entretanto, embora o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal na ADIn 1.232/DF tenha determinado o entendimento da obrigatoriedade de observância do requisito de ¼ do salário mínimo *per capita* para concessão do benefício assistencial, a celeuma não se resolveu nos tribunais inferiores. Tanto é assim que no ano de 2013 houve o julgamento dos Recursos Extraordinários nº 567.985 e 580.963, e da Reclamação 4.374¹²⁵, em que o Supremo Tribunal Federal reviu seu próprio

¹²⁵ STF. Plenário. Reclamação 4.374/PE. Rel.: Min. GILMAR MENDES. 18/4/2013, maioria. DJe 173, 3 set. 2013: **Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição.** A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo fosse concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovassem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

2. Art. 20, § 3º da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232.

Dispõe o artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo 20, § 3º, da LOAS.

3. Reclamação como instrumento de (re)interpretação da decisão proferida em controle de constitucionalidade abstrato. Preliminarmente, arguido o prejuízo da reclamação, em virtude do prévio julgamento dos Recursos Extraordinários 580.963 e 567.985, o Tribunal, por maioria de votos, conheceu da reclamação. O STF, no exercício da competência geral de fiscalizar a compatibilidade formal e material de qualquer ato normativo com a Constituição, pode declarar a inconstitucionalidade, incidentalmente, de normas tidas como fundamento da decisão ou do ato que é impugnado na reclamação. Isso decorre da própria competência atribuída ao STF para exercer o denominado controle difuso da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. A oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações. É no juízo hermenêutico típico da reclamação – no “balancear de olhos” entre objeto e parâmetro da reclamação – que surgirá com maior nitidez a oportunidade para evolução interpretativa no

posicionamento, entendendo pela inconstitucionalidade do requisito de miserabilidade de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo *per capita* previsto no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993.

O STF se apoiou em critérios políticos, econômicos e sociais para rever seu posicionamento, especialmente tendo em vista a criação de novas leis instituindo outros benefícios sociais, com critérios mais elásticos¹²⁶. Assim, ainda que o Supremo tenha se manifestado anteriormente na ADIN 1.242/DF pela constitucionalidade do § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993, no que toca à exigência de renda *per capita* de um quarto do salário mínimo, a evolução social e legislativa trouxe novamente a questão às portas da Corte, sendo necessário levar em consideração decisões em sentido contrário que garantiam a utilização de outras maneiras para aferição da miserabilidade do cidadão para fim de concessão do benefício LOAS.

Hoje, portanto, o STF entende pela adoção de critérios diversos para aferição da miserabilidade, em especial, conforme expresso no Recurso Extraordinário 580.963, em que o Supremo passa a defender a inconstitucionalidade do dispositivo em comento, tendo em vista as enormes mudanças fáticas e jurídicas,

controle de constitucionalidade. Com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão. E, inclusive, poderá ir além, superando total ou parcialmente a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição.

4. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar *per capita* estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. **Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso a Alimentação; a Lei 10.219/2001, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/1997, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).**

5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.

6. Reclamação constitucional julgada improcedente.

¹²⁶ Tais como o bolsa família, bolsa escola, etc.

sendo, portanto, necessário rever o entendimento da Corte no julgamento da ADIN 1242/DF.

Ainda, com o julgamento do Recurso Extraordinário 567.985-3¹²⁷, o STF declarou a inconstitucionalidade *incidenter tatum* do disposto no artigo 20, § 3º, da

¹²⁷ Recurso Extraordinário 567.985 – LEADING CASE

STF. Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Idoso. Deficiente físico. Seguridade social. Assistência social. Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. CF/88, art. 203, V. Lei nº 8.742/1993, art. 20, § 3º. Lei nº 9.533/1997. Lei nº 10.219/2001. Lei nº 10.689/2003. Lei nº 10.741/2003, art. 34, parágrafo único (declaração, *incidenter tatum*, da inconstitucionalidade do parágrafo único). Lei nº 10.836/2004. CF/88, art. 102, III e § 3º. Lei nº 8.038/1990, art. 26. CPC, art. 543-A.

«A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da CF/88, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

2. Art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232.

Dispõe o artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993 que:

O requisito financeiro estabelecido pela Lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente.

Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo 20, § 3º, da LOAS.

3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei nº 8.742/1993.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar *per capita* estabelecido pela LOAS.

Como a Lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes.

Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei nº 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei nº 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei nº 10.219/2001, que criou o Bolsa Escola; a Lei nº 9.533/1997, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas.

O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos.

Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais).

4. A inconstitucionalidade por omissão parcial do artigo 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/2003.

O Estatuto do Idoso dispõe, no artigo 34, parágrafo único, que o benefício assistencial já concedido a qualquer membro da família não será computado para fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a LOAS.

Não exclusão dos benefícios assistenciais recebidos por deficientes e de previdenciários, no valor de até um salário mínimo, percebido por idosos.

Inexistência de justificativa plausível para discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo.

Lei nº 8.742/1993, ou seja, promoveu a flexibilização do critério de ¼ do salário mínimo *per capita*, permitindo que os juízes possam avaliar, de acordo com os casos concretos, outros critérios ou meios de prova para comprovar a existência do requisito de miserabilidade.

Diante do exposto, o entendimento do STF, consubstanciado em fortes precedentes suprarrelacionados, afasta o requisito de ¼ da renda *per capita* como maneira única de atestar a condição de miserabilidade do cidadão que pretende a concessão do benefício assistencial LOAS, posto que tal critério não é o absoluto ou indiscutível para aferição da condição de miserabilidade, sendo possível a comprovação por meios diversos.

Assim, é possível afirmar que a Administração Pública ignora, nos casos em comento, não só o entendimento consolidado pela jurisprudência dos Tribunais, que foi construída com base em reiterados julgamentos de casos análogos, mas também ignora os próprios precedentes exarados pela Corte Constitucional, inclusive em sede de Reclamação.

Entretanto, é perfeitamente possível que a Administração Pública se adeque ao entendimento consolidado, tal como ocorreu, por exemplo, quando do reconhecimento pelo STF¹²⁸ da união homoafetiva como entidade familiar, no ano de 2011. Na esfera administrativa, já em 2006, o INSS regulamentou, por meio de Instrução Normativa (45/2006), os procedimentos que deveriam ser adotados para a concessão de benefício aos companheiros do mesmo sexo, em cumprimento à determinação judicial feita na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0. Em 2010, o Ministro de Estado da Previdência social baixou a Portaria nº 513, estabelecendo que, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, os dispositivos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que tratam de dependentes para fins previdenciários deveriam ser interpretados de forma a abranger a união estável entre

Omissão parcial inconstitucional.

5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do artigo 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/2003.

6. Recurso extraordinário a que se nega provimento.»

(STF – Rec. Ext. 580.963/2013 – PR – Rel.: Min. Gilmar Mendes – J. em 18/04/2013 – DJ 14/11/2013 – Doc. LEGJUR 141.1961.8000.0300).

¹²⁸ Ao julgarem a ADIn 4277 e a ADPF 132, ministros reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. Ações foram ajuizadas, respectivamente, pela PGR e pelo governo do Rio de Janeiro.

peessoas do mesmo sexo. Contudo, apenas com a Instrução Normativa do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS nº 61 de 23.11.2012, que alterou a IN nº 45/2010 (atualmente revogada pela IN nº 77/2015), é que houve a correta adequação da autarquia ao posicionamento da Corte, que, inclusive, havia editado a sua própria Instrução Normativa (IN/STF nº 126/2011) dispondo sobre os procedimentos para reconhecimento da união estável no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em setembro de 2011.

Nota-se, portanto, que a Administração Pública, no caso do reconhecimento da união estável homoafetiva, teve um olhar mais cuidadoso com a matéria após as decisões do STF, procurando adequar os seus atos administrativos ao entendimento exarado pela Corte, ou seja, vinculando-se ao que foi decidido em sede de ADIn e de ADPF. Daí porque será analisada a possibilidade da mesma conduta no caso concreto escolhido.

4.3 POSSIBILIDADE DE VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO AO ENTENDIMENTO PACIFICADO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA A AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE

Embora os precedentes transcritos venham servindo para embasar reiteradamente as decisões dos tribunais inferiores no mesmo sentido, especialmente do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais¹²⁹, a Administração Pública, ainda que faça um hercúleo trabalho de aferição de todos os requisitos previstos na legislação (já expostos anteriormente), não se adequa a essa interpretação de que o critério de miserabilidade não precisa necessariamente utilizar o único parâmetro de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo *per capita*, podendo ser constatado caso a caso, conforme outros critérios sociais e legais, tais como a comprovação das condições socioeconômicas do autor por laudo de assistente social, vez que nos pedidos administrativos feitos junto à Autarquia já é praxe a participação de assistente social e a confecção do respectivo laudo. Ora, se a Administração Pública, de acordo com a Lei nº 9.784/1999, artigo 50, deve motivar

¹²⁹ A brevidade do estudo não comporta a discussão da jurisprudência que se formou em torno do assunto, mas chamamos a atenção do leitor para o pedido de uniformização de interpretação de lei federal PEDILEF 05037758420124058013 (TNU).

suas decisões com escopo em jurisprudência e laudos, não há razão para não os utilizar para embasar a concessão do benefício de amparo assistencial, mormente quando comprovado por outros meios legalmente previstos a miserabilidade da família.

Esse agir da Administração Pública traz um alto custo aos cofres públicos, bem como, gera um excesso de demandas judiciais, daí porque se defende a possibilidade de adequação das decisões proferidas em âmbito administrativo do INSS (Instituto Nacional do Seguro Social) aos precedentes do Supremo Tribunal Federal, a fim de que a miserabilidade seja constatada por outros critérios legais e sociais. Isso porque essa mudança de postura por parte a Autarquia Previdenciária, não trará qualquer custo extra, ou necessidade de grandes mudanças de procedimentos, vez que já é feito estudo social e econômico nos próprios processos administrativos, bastando ao INSS expandir a análise dos casos concretos, utilizando-se de outros critérios idôneos de aferição da miserabilidade, no próprio laudo social.

Tanto é assim, e tão pacífico é o entendimento de que o critério de $\frac{1}{4}$ da renda não é única forma de aferição da miserabilidade, que a própria Advocacia-Geral da União possui Instrução Normativa¹³⁰ (nº 4/2014) no sentido de autorizar os seus Procuradores Federais que atuam como representantes do INSS a desistir ou não recorrer de decisões que aferem a miserabilidade do indivíduo por outros meios, que não o critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo *per capita*.

Daí porque o atual agir da Autarquia Previdenciária, ao não vincular as suas decisões aos precedentes do STF na matéria aqui tratada, fere os princípios da

¹³⁰ Essa é a redação da Instrução Normativa: “Tendo em vista o que consta no Processo nº 00407.003202/2013-63, e Considerando o acórdão proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nos termos do artigo 543-B do Código de Processo Civil, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 567.985, que declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993, sem pronúncia de nulidade, bem como a jurisprudência iterativa do Superior Tribunal de Justiça, edita a seguinte instrução, a ser observada pelos Procuradores Federais na representação judicial do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS:

Art. 1º. Fica autorizada a desistência e a não interposição de recursos das decisões judiciais que determinem a concessão do benefício previsto no artigo 20 da Lei nº 8.742/1993 utilizando como fundamento único a comprovação da miserabilidade por outros meios além do requisito objetivo previsto no parágrafo 3º do mencionado dispositivo legal.

§ 1º – O disposto neste artigo não se aplica aos casos em que a decisão judicial estabelecer outro critério abstrato para a aferição da miserabilidade, como, por exemplo, a majoração da renda *per capita* do grupo familiar para $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo, mediante aplicação analógica das Leis nº 9.533, de 10 de dezembro de 1997, e nº 10.689, de 13 de julho de 2003”.

igualdade e da segurança jurídica, na medida em que ao permitir tratamento desigual entre os cidadãos, empurra-os às portas do judiciário. Levando-se em consideração a necessidade de se reduzir a judicialização dos conflitos administrativos, a atual postura do INSS fere inclusive o princípio da isonomia, vez que apenas os cidadãos que acionam o Poder Judiciário poderão ter reconhecido o direito de aferição de miserabilidade por critérios diversos e já pacíficos, em detrimento daqueles que se submetem à falta de eficiência do próprio INSS.

Indo mais além, a falta de tratamento isonômico acaba por promover não só uma corrida que custa demasiadamente caro aos cofres públicos, causando inclusive o travamento da máquina judiciária, mas também suscita enorme insegurança jurídica, fomentando a incerteza e instabilidade, na medida em que contribui para o desrespeito aos direitos sociais constitucionalmente tutelados, ferindo a própria dignidade humana, vez que impede os cidadãos hipossuficientes de ter garantido pelo Estado o mínimo existencial.

Diante do exposto, restou evidenciado que o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca de aferição da miserabilidade, previsto no artigo 203, inciso V da Constituição Federal, não fica adstrito a um critério único estabelecido na Lei nº 8.742/1993, artigo 20, § 3º, vez que a redação da norma que prevê objetivamente o patamar de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo *per capita* foi mitigado, tendo em vista inúmeras alterações legislativas e novos posicionamentos decorrentes de notórias mudanças políticas, econômicas e sociais e jurídicas, em especial, a edição de novas leis que elasteceram os critérios para concessão de benefícios assistenciais, tais como bolsa família, bolsa escola, dentre outros. Assim, os tribunais já têm se amparado em outros critérios, inclusive com a realização de estudo socioeconômico.

Tanto é assim, que os Procuradores Federais já têm corroborado com os precedentes do STF, não recorrendo das decisões em que há a efetiva comprovação da miserabilidade por outros meios de prova. Entretanto, apesar da atuação dos Procuradores, o excesso de litigiosidade nessa questão continua a emperrar o judiciário, trazendo um alto custo não apenas financeiro, como ressaltado anteriormente, mas também social. É necessário, portanto, que o INSS readéque os seus procedimentos, devendo ser analisadas as condições sociais da parte-requerente do benefício assistencial, tal qual ocorre quando da aferição dos demais

requisitos previstos em lei. Isso, em última análise, corrobora com o disposto no artigo 3º da CF/88¹³¹, tendo em vista que os objetivos fundamentais da República consagram a necessidade de erradicação da pobreza e da marginalização, bem como, primam pela construção de uma sociedade justa e igualitária.

O que se sugere com o estudo de caso realizado nesse momento da pesquisa é que o Instituto Nacional do Seguro Social passe a considerar na análise dos casos concretos, quando da confecção dos laudos socioeconômicos pelos assistentes sociais, critérios diversos para a aferição da condição de miserabilidade do idoso ou do deficiente, mormente, porque a Administração Pública já realiza o estudo das condições sociais e econômicas daquele que pretende a concessão do benefício assistencial, bastando à Autarquia que se adeque aos precedentes judiciais do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria, adotando protocolos específicos capazes de permitir a aferição da hipossuficiência econômica já em sede administrativa.

Diante do exposto, o estudo do caso concreto proposto demonstra que não é impossível à Administração Pública se vincular a precedentes judiciais, com a observância da *ratio* das decisões. Em especial, quando se trata de tutela de Direitos Fundamentais Sociais e os precedentes demandem da própria Corte Constitucional Brasileira. Para os mais céticos, demonstrou-se que a obrigatoriedade da vinculação da Administração Pública à jurisprudência decorre de Lei Ordinária e da própria Constituição Federal, bem como, que o respeito ao entendimento jurisprudencial, em especial aos precedentes do STF, não causa o engessamento do Poder Judiciário – vez que não se deixará de tutelar judicialmente a lesão ou a ameaça ao Direito – havendo possibilidade de alteração do próprio precedente em decorrência da evolução social e legislativa, como o ocorrido no caso concreto exposto, em que o próprio STF reviu seu posicionamento da ADIn 1.232/DF, com a adoção de nova *ratio* na Reclamação 4.374.

Explica-se:

¹³¹ CF/88. Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Conforme visto, o Supremo Tribunal Federal, em 2013, julgou a Reclamação 4.734, redefinindo o efeito vinculante de suas decisões, tendo em vista que permitiu que uma norma anteriormente declarada constitucional fosse, posteriormente, declarada inconstitucional, em decorrência da própria evolução legislativa e do Direito. Assim, no caso concreto apresentado, tratou-se do artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993 (Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS), que na redação original assim dispõe: “Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo”. Repise-se que esse dispositivo regulamente o benefício mensal de um salário mínimo às pessoas com deficiência e aos idosos, previsto no artigo 203, V, da Constituição da República protegendo aqueles que não possuem meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Num primeiro momento o STF julgou, em agosto de 1998, improcedente, por maioria, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232. Na oportunidade, o STF confirmou que o requisito de renda familiar *per capita* estabelecido pela lei estava em consonância com a Constituição. De tal forma que o efeito vinculante dessa decisão impediria que o parâmetro legal fosse afastado, havendo a necessidade de comprovar a miserabilidade nos termos legais para a concessão do benefício assistencial.

Entretanto, com o passar do tempo o Judiciário continuou aceitando outras formas de comprovação da miserabilidade, até porque o STF não proibiu a adoção de critérios diversos, mas apenas declarou a constitucionalidade do requisito objetivo, bem como, continuou afastando o critério único e objetivo da Lei nº 8.742/1993, analisando caso a caso, enquanto eram editadas leis com critérios de renda mais favoráveis para a concessão de benefícios assistenciais¹³². Assim, conforme informa Maués (2016, p. 443), o STF concluiu que houve um “processo de inconstitucionalização” da norma contida no artigo 20, § 3º, da LOAS, decorrente de “mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de

¹³² Tais como a Lei nº 9.533/1997, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas; a Lei nº 10.219/2001, que criou o Bolsa Escola; a Lei nº 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei nº 10.836/2004, que criou o Bolsa Família. (MAUÉS, 2016).

concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro)". Conclui o autor que "ao fazê-lo, o STF também reconheceu que as reclamações constitucionais permitem a "reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas", uma vez que nelas se dá a "oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade".".

Tal caso ilustra o que defende Barroso (2012, p. 145), para quem "a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei em ação direta reveste-se de autoridade de coisa julgada", com sua eficácia vinculativa para todos os órgãos judiciais, inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal. Entretanto, para o autor,

[...] a decisão que julga improcedente o pedido — e, conseqüentemente, declara a constitucionalidade da lei ou ato normativo — produz apenas efeito vinculante, subordinando todos os demais tribunais, mas não o próprio Supremo Tribunal Federal, que poderá revê-la se assim lhe aprouver. (BARROSO, 2012, p. 145).

Percebe-se que os tribunais inferiores, ao decidirem pela inconstitucionalidade do quesito legal insculpido no artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993, não desrespeitaram um precedente do Supremo Tribunal Federal porque estavam se utilizando de outra *ratio decidendi*, que não aquela do STF exarada na ADIn em 1998, posto que a mesma já não era compatível com a legislação mais atual que vinha sendo editada desde 1997 e ainda mais nos anos 2000. A repercussão geral foi reconhecida no Recurso Extraordinário nº 567.958, em que se discutiu a constitucionalidade do critério objetivo de renda e aferição da miserabilidade para a concessão do LOAS, tendo o STF decidido, naquela oportunidade, pela declaração de inconstitucionalidade parcial, o que, por se tratar de decisão em Recurso Extraordinário com repercussão geral, teve efeito multiplicador. Ocorre que, tendo em vista que o INSS não acatou o entendimento da Corte, continuando a abarrotar o Judiciário com novas ações versando sobre a matéria, foi necessária a impetração de Reclamação, de nº 4.374, como instrumento de (re)interpretação da decisão proferida em controle de constitucionalidade abstrato. Preliminarmente, arguido o prejuízo da reclamação, em virtude do prévio julgamento dos recursos extraordinários 580.963 e 567.985, o Tribunal, por maioria de votos, conheceu da reclamação. Assim, o STF, por meio do relator da Reclamação 4.374, Gilmar Mendes, reviu o próprio posicionamento.

Por todo o exposto, restou demonstrado ser não apenas possível, mas também obrigatória a observância da Administração Pública aos precedentes exarados pelo Supremo Tribunal Federal, como medida de proteção aos Direitos Fundamentais, bem como, para a consecução dos objetivos da República e da própria Democracia, na medida em que tal vinculação garante a igualdade e justiça enquanto princípios democráticos, e, em última análise, garante a Dignidade da Pessoa Humana.

5 CONCLUSÃO

Apesar das críticas à obrigatoriedade de vinculação da Administração Pública aos precedentes do STF em matéria de Direitos Fundamentais, e, até mesmo, ao sistema de precedentes que se desenvolveu no Brasil ao longo dos anos, e que culminou com a nova redação de diversos artigos que conferem tratamento privilegiado ao tema no Código de Processo Civil de 2015, a doutrina do *stare decisis* está amplamente arraigada no sistema jurídico brasileiro, tendo havido a aproximação dos sistemas do *civil law* e do *common law*. De qualquer forma, os sistemas sofreram influências recíprocas, não estando desconectados: o sistema do *common law* também se embasa em Lei, assim como o *civil law* também se utiliza de precedentes, havendo a preocupação com a segurança jurídica e a coerência das decisões em ambos os sistemas.

Como a lei nem sempre é suficiente, sendo comum haver divergência na apreciação de seu significado, há hoje o protagonismo do Poder Judiciário na interpretação legislativa e no controle dos atos do Executivo. Nessa toada, o papel da jurisdição constitucional (*judicial review*) na proteção aos Direitos Fundamentais e sociais ganhou ainda mais relevância, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal acaba sendo o principal responsável tanto para realizar a interpretação das normas abstratas que necessitam ser concretizadas, quanto para a proteção dos preceitos constitucionais, Direitos Fundamentais e Direitos Sociais. Embora não seja correto dizer que a Corte tem a palavra final na interpretação da norma, tendo em vista a necessidade de diálogo entre os Poderes e o povo, suas decisões, pela própria natureza, devem ser observadas, e seus precedentes, seguidos, sempre com observância da racionalidade das decisões, para a garantia do tratamento isonômico entre os cidadãos, e da previsibilidade das respostas estatais.

Contudo, não basta que o Poder Judiciário se preocupe com isonomia, coerência e igualdade: a Administração Pública precisa tomar para si a responsabilidade de também não permitir a aplicação desigual do Direito em situações substancialmente similares, assumindo coerentemente o seu papel no Estado Democrático de Direito. Uma das maneiras de garantir tal igualdade e segurança jurídica é, justamente, a observância aos precedentes oriundos do STF.

As críticas ao atual tratamento jurídico dado aos precedentes giram em torno de três pontos principais:

- ❖ Engessamento do Poder Judiciário;
- ❖ Diminuição artificial do número de processos, com dificuldade do acesso à Justiça garantido constitucionalmente;
- ❖ Ofensa à divisão dos Poderes.

Frise-se que a adoção dos precedentes não engessa o judiciário, tendo em vista a existência de formas de alteração do precedente pela técnica da superação, havendo, em realidade, a promoção de maior coerência nas decisões, bem como, de maior racionalidade no julgamento das lides, com a alteração mais lenta e melhor pensada dos entendimentos nos Tribunais. Assim, o que ocorre não é a diminuição artificial do número de processos e o cerceamento do acesso à Justiça – pelo contrário – o acesso ao Judiciário é amplamente garantido, sendo o precedente utilizado de maneira a garantir tratamento igualitário aos jurisdicionados, bem como, para preservar a segurança jurídica. Além disso, a adoção de precedentes realmente causará a diminuição do número de processos, não por falta de acesso ao Judiciário, mas pela racionalização do próprio sistema jurídico, o que é absolutamente imperioso, tendo em vista a monstruosidade do número de processos que causa o emperramento do Poder Judiciário – o que se comprovou estatisticamente.

No presente estudo, em que se discutiu o papel da Administração Pública, o principal argumento contra a obrigatoriedade da vinculação dos órgãos administrativos aos precedentes do STF é o de que isso ofenderia o princípio da divisão de Poderes e o princípio da legalidade. Tais argumentos são frágeis: tendo em vista o destacado papel da jurisdição constitucional no controle das leis provenientes do Poder Legislativo, a adoção de precedentes e a sua observância não ofende a divisão dos Poderes – pelo contrário – garante a coerência e harmonia entre eles, especialmente porque o Executivo depende, em grande medida, do Poder Judiciário para a consecução dos direitos sociais, demandando esse Poder a fim de solucionar os mais diversos conflitos, bem como, para interpretar as normas abstratas e dar concretude aos conceitos indeterminados. De tal forma que a ofensa à divisão dos Poderes é aparente, na medida em que a interdependência não deixa de existir. O que a adoção dos precedentes proporciona é equilíbrio entre os

Poderes, com a preservação da democracia, mesmo que isso signifique um intenso debate entre eles e o próprio povo. E os debates não costumam ser desprovidos de certa tensão, especialmente pela diversidade de interesses de diversos grupos sociais e pela necessidade de proteção das minorias.

Assim, embora a teoria dos precedentes tenha sua origem na atividade jurisdicional, ela deve ser aplicada também na atividade administrativa, posto que a lei que serve para o Poder Judiciário também serve para o Poder Executivo, de tal forma que tanto um quanto o outro encontram as mesmas dificuldades na aplicação do direito ao caso concreto, especialmente porque a lei permite interpretações divergentes. O que não pode ocorrer é que o Poder Judiciário, por meio do STF, faça uma interpretação da norma e a Administração Pública, faça outra, forçando o jurisdicionado às portas da justiça para, diante dessa imprevisibilidade e incoerência, ter seu direito tutelado. Além disso, é ainda mais necessária a observância de precedentes pelos órgãos administrativos em razão da discricionariedade administrativa, que não deve ser usada como barreira a efetiva prestação do direito.

Ainda, ao contrário do que possa se alegar, a vinculação da Administração Pública a precedentes do STF não fere o princípio da legalidade, já que a Constituição Federal prevê expressamente a obrigatoriedade da vinculação da Administração aos precedentes do STF em sede de controle concentrado e por meio de Súmula Vinculante. Além disso, mesmo não havendo previsão constitucional específica, os precedentes que têm origem na repercussão geral também são vinculantes aos órgãos administrativos. Contudo, a Administração Pública não se sente vinculada nem aos precedentes da Corte, nem sequer aos seus próprios precedentes internos, o que se comprovou por meio dos dados sobre a altíssima participação da Administração nas lides judiciais.

Tanto não há desrespeito ao princípio da legalidade, ou à separação de poderes, que, conforme se demonstrou, a eficácia vinculante dos precedentes do STF decorre de diversos princípios constitucionais que, por si sós, já possuem alta carga normativa, tais como o da igualdade, o da segurança jurídica, o da boa-fé, o da eficiência, o da impessoalidade, e também de dispositivos constitucionais e legais, dos quais se destacaram o artigo 5º, §§ 1º e 2º da CF/88, que estabelece o princípio da máxima efetividade e aplicação imediata dos direitos fundamentais, e a Lei nº 9.784/1999, que regula o Processo Administrativo.

Por todo o exposto, a vinculação da Administração Pública aos precedentes do STF, especialmente quando se fala na tutela de Direitos Fundamentais, presta-se a garantir a aplicação isonômica da lei, com a sua aplicação em consonância com a própria Constituição, sendo possível, inclusive, que se combata o mau uso da discricionariedade administrativa, para que haja a garantia da busca pela melhor solução para cada caso, e que tal solução seja idêntica para todos os casos similares que estejam submetidos à mesma norma. Além desses aspectos, não menos importante é a questão do potencial de economia que a adoção de precedentes pode proporcionar – economia não apenas monetária – já que o excesso de judicialização e o inchaço da máquina pública custa demasiado aos cofres públicos, mas também de economia processual e de recursos humanos, o que gera, em última análise, a redução dos custos sociais e a promoção de igualdade social.

Por fim, tendo em vista que a Constituição almeja a construção de uma sociedade livre e democrática, a obrigatoriedade de que a Administração Pública adote posicionamento em consonância com a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal é imprescindível, já que o controle de constitucionalidade realizado pela Corte alcança a todos os Poderes, na medida em que busca a manutenção da ordem democrática constitucionalmente prevista, com a supremacia dos Direitos Fundamentais e tutela dos valores positivados na Constituição.

6 REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Discrecionalidade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: RT, 2014.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e Política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 14, n. 39, p. 83-102, fev. 1999. DOI: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69091999000100005>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo Civil pragmático**. 2013. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. 3. tir., atual. por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOSA, Claudia Maria. **Os novos oráculos da lei: a experiência do modelo misto canadense e a proposta da súmula de efeito vinculante no Brasil**. 2002. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/83567/185750.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=366>. Acesso em: 19 dez. 2017.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *Common Law* e *Civil Law* na Sociedade Contemporânea**. 2011. 264f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2011/40003019006P4/TES.PDF>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./maio 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 08 set. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. 452 p.

BATISTA, Vera. Privilégios os servidores do Judiciário são maiores do que dos outros Poderes. [Correio Braziliense]. **Jusbrasil**, 10.08.2015. Disponível em: <<https://correioforense.jusbrasil.com.br/noticias/217822223/privilegios-os-servidores-do-judiciario-sao-maiores-do-que-dos-outros-poderes>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

BERMAN, José Guilherme. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 2. ed., Revista e Atualizada de Acordo com o Novo CPC. Curitiba: Juruá, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Decreto nº 592**, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Decreto nº 2.346**, de 10 de outubro de 1997. Consolida normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais, regulamenta os dispositivos legais que menciona, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2346.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Instrução Normativa INSS/PRES nº 45**, de 06 de agosto de 2010. Dispõe sobre a administração de informações dos segurados, o reconhecimento, a manutenção e a revisão de direitos dos beneficiários da Previdência Social e disciplina o processo administrativo previdenciário no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. DOU de 11.08.2010 – Alterada. Disponível em: <http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2010/45_1.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Instrução Normativa INSS/PRES nº 61**, de 23 de novembro de 2012. Altera a Instrução Normativa nº 45/PRES/INSS, de 06 de agosto de 2010. DOU de 28/11/2012. Disponível em: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2012/61.htm>>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Instrução Normativa INSS/PRES nº 77**, de 21 de janeiro de 2015. Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. DOU de 22.01.2015. Disponível em: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm>>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Instrução Normativa STF nº 126**, de 17 de agosto de 2011. Dispõe sobre os procedimentos para reconhecimento da união estável no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Publicada no Boletim de Serviço, Edição Extraordinária, nº 11, p. 2-4, em 14 set. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/INSTRUCAONORMATIVA126-2011.PDF>>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. [Revogada pela Lei nº 13.105, de 2015]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.038**, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.742**, de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. [Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS)]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm>. Acesso em: 12 jan. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.533**, de 10 de dezembro de 1997. Autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9533.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.720**, de 30 de novembro de 1998. Dá nova redação a dispositivos da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9720.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.756**, de 17 de dezembro de 1998. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9756.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.882**, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.219**, de 11 de abril de 2001. Cria o Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à educação – "Bolsa Escola", e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10219.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.689**, de 13 de junho de 2003. Cria o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.689.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.741**, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.836**, de 09 de janeiro de 2004. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.836.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.417**, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.435**, de 06 de julho de 2011. Altera a Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12435.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.470**, de 31 de agosto de 2011. Altera os arts. 21 e 24 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Custeio da Previdência Social, para estabelecer alíquota diferenciada de contribuição para o microempreendedor individual e do segurado facultativo sem renda própria que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencente a família de baixa renda; altera os arts. 16, 72 e 77 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social, para incluir o filho ou o irmão que tenha deficiência intelectual ou mental como dependente e determinar o pagamento do salário-maternidade devido à empregada do microempreendedor individual diretamente pela Previdência Social; altera os arts. 20 e 21 e acrescenta o art. 21-A à Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 - Lei Orgânica de Assistência Social, para alterar regras do benefício de prestação continuada da pessoa com deficiência; e acrescenta os §§ 4º e 5º ao art. 968 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para estabelecer trâmite especial e simplificado para o processo de abertura, registro, alteração e baixa do microempreendedor individual. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12470.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.256**, de 04 de fevereiro de 2016. Altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para disciplinar o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13256.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. Política Nacional de Assistência Social – PNAS/2004. **Norma Operacional Básica – NOB/SUAS**. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2004.

BRASIL. **Projeto de Lei de nº 3099/1989**. Dispõe sobre a lei orgânica da assistência social, suas definições, princípios e diretrizes, determina competências gerais em cada esfera de governo, benefícios e serviços, fontes de financiamento e da outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=209627>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

CAMARA, Heloisa Fernandes. **STF na ditadura militar-brasileira: um tribunal adaptável?** 2017. Tese (Doutorado) –Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. v. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105, de 16 de Março de 2015 - Volume V – Arts. 330 ao 388**. Curitiba: Juruá, 2015.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil** – Lei 13.105, de 16 de Março de 2015 – Volume VII – Arts. 464 ao 527 – De Acordo com as Reformas Introduzidas pelas Leis 13.256/2016, 13.363/2016 e 13.465/2017. Curitiba, Juruá, 2017.

CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no Direito Brasileiro**. São Paulo: Contacorrente, 2016 (e-book kindle).

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II. Campinas: Bookseller, 2000.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2016**: ano base 2015. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbffa44931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Supremo em ação 2017** – Ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/08/f8bcd6f3390e723534ace4f7b81b9a2a.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

CNJ/DPJ – Conselho Nacional de Justiça / Departamento de Pesquisas Judiciárias. **100 Maiores Litigantes – 2010**. Brasília, Março 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2017.

CNJ/DPJ – Conselho Nacional de Justiça / Departamento de Pesquisas Judiciárias. **100 Maiores Litigantes – 2012**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2017.

CRAM, Iam. Judging rights in the United Kingdom: the human rights act and the new relationship between parliament and the courts. **Review of Constitutional Studies**. Jan. 2007. The Free Library. Centre for Constitutional Studies, University of Alberta. Disponível em: <<https://www.thefreelibrary.com/Judging+rights+in+the+United+Kingdom%3A+the+human+rights+act+and+the...-a0208336580>>. Acesso em: 09 dez. 2017.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. Volume. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EDUCAR – Educação Domiciliar Reformada. **Questões legais**. [vários artigos]. Disponível em: <<http://www.educacao-domiciliar.com/category/artigos/questoes-legais/>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERREIRA, Flávio. Há excesso de individualismo no STF, afirmam professores da USP. **Folha de S.Paulo**, 12.06.2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/06/1892442-ha-excesso-de-individualismo-no-stf-afirmam-professores-da-usp.shtml>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. Do exercício do controle de constitucionalidade pelos tribunais de contas. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 120, jan. 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14226>. Acesso em: 16 abr. 2017.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Precedentes judiciais e separação de poderes. **Revista de Processo**, v. 40, n. 247, p. 423-448, set. 2015. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/96805>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

FIORAVANTI, Maurizio. Público e Privado: os Princípios Fundamentais da Constituição Democrática. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 58, p. 7-24, 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v58i0.34862>.

FRÓES, Tagore. Eficácia *erga omnes* × Efeito vinculante: há diferença? Breves apontamentos. **Jusbrasil**, 19.05.2015. Disponível em: <<https://tagfroes.jusbrasil.com.br/artigos/189149130/eficacia-erga-omnes-x-efeito-vinculante-ha-diferenca>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

GAIO JR., Antônio Pereira. Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no novo código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 41, n. 257, p. 343-370, jul. 2016. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/104596>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. **Isonomía**, n. 6, abril 1997.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. 2015 Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

GRAU, Eros Roberto. Juízes que fazem as suas próprias leis. O nascituro é não apenas protegido pela ordem jurídica, sua dignidade humana preexistindo ao fato do nascimento, mas titular de direitos adquiridos. **O Globo**, 11.12.2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opiniao/juizes-que-fazem-as-suas-proprias-leis-20622275#ixzz51LZSXX3X>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

GRILLO, Brenno. Judiciário trocou lei por ponderação de princípios, dizem Eros Graus e advogados. **Consultor Jurídico**. 09.12.2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-09/judiciario-trocou-lei-ponderacao-principios-eros-grau>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. 614 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014a.

HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, Direito e Políticas Públicas**: homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2014b. p. 217-243.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalism Papers**: A Collection of Essays Written in Favour of the New Constitution. Coventry House Publishing (September 8, 2015). E-pub. ISBN-10: 1542049423.

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social. **INSS em números**: Boletim Estatístico Gerencial. Julho/2014. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2014/10/Ret_Offset_Informe_julho_2014.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2016.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Introdução e revisão técnica de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Pontes, 2003.

LAMY, Eduardo de Avelar; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. A Administração Pública Federal e os precedentes do STF. **Revista de Processo**, v. 37, n. 214, p. 199-215, dez. 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/79481>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de: José Lamago. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

LÉLLIS, Leonardo. Testemunha da História. "Todo conservador quer uma Constituição enxuta". **Revista Consultor Jurídico**, 13 de outubro de 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-03/senso-incomum-soliloquio-epistemico-ministro-barroso-precedentes>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

LOBO, Arthur Mendes Lobo. **Reclamação ao Supremo Tribunal Federal: Proteção de Interesses Coletivos**. Curitiba: Juruá, 2015.

LOURENÇO, Haroldo. **Precedente Judicial como fonte do Direito**: algumas considerações sob a ótica do Novo CPC. 2011. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/11458380>. Acesso em: 19 dez. 2017.

LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como Fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. **Revista Temas Atuais de Processo Civil**, v. 1, n. 6, p. 38-65, dez. 2011.

LUVIZOTTO, Juliana Cristina. **Precedentes Administrativos & a Vinculação da Atividade Administrativa**. Curitiba: Juruá, 2017.

LYNCH, Christian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. **Revista Direito e Práxis**. V. 8, n. 2, 2017, p. 974-1007.

MALISKA, Marcos Augusto. **Aspectos históricos, sociais e culturais do Direito Constitucional Brasileiro**. Texto objeto da palestra proferida em 05 de Setembro de 2017 no Departamento de Direito Constitucional da Universidade Russa da Amizade dos Povos – RUDN (Российский университет дружбы народов, РУДН) de Moscou, Rússia. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAUÉS, Antonio Moreira. O efeito vinculante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: análise das reclamações constitucionais n. 11.000 a 13.000. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 2, 441-460, maio/ago 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201618>. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v12n2/1808-2432-rdgv-12-2-0441.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. 7. tir. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes** – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação: instrumentos de *Stare Decisis* e prática constitucional brasileira. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 177-208, jul./set. 2005. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v241.2005.43370>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. **Precedentes Judiciais Vinculantes**: a eficácia dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica. Prefácio à 2ª edição de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford Constitutional Theory. Oxford: OUP, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. doi:10.11606/T.8.2008.tde-05122008-162952.

MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. **Folha de São Paulo**. 01.02.2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da Persuasão à Vinculação. São Paulo: RT, 2016.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MOURÃO-FERREIRA, David. **Matura Idade**. Lisboa: Arcádia, 1973.

OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Influência de técnicas do *common law* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. **Revista de Processo**, v. 42, n. 270, p. 313-351. ago. 2017. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/112374>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Precedentes judiciais na administração pública**: limites e possibilidade de aplicação. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Sociedade)– Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2016.

PEREIRA, Potyara Amazoneida P. **A Assistência Social na perspectiva dos direitos**: crítica aos padrões dominantes de proteção aos pobres no Brasil. Brasília: Thesaurus, 1996.

PINHEIRO NETO, Othoniel. **Curso de Direito Constitucional**. Volume I. Curitiba: Juruá, 2016.

PINTO, Paulo Silva; FERRARI, Hamilton. Funcionários públicos no Brasil têm salários maiores do que nos EUA. **Correio Braziliense**, 26.06.2016. Disponível em: <<http://blogs.correiobraziliense.com.br/vicente/funcionarios-publicos-no-brasil-tem-salarios-maiores-do-que-nos-eua/>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

POMBO, Bárbara. “Núcleo duro do novo CPC é inconstitucional”, diz jurista. Para Nelson Nery Jr., tribunais superiores se empoderaram sem autorização da Constituição. **Jota Justiça**, 21 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-03/senso-incomum-soliloquio-epistemico-ministro-barroso-precedentes>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

PUGLIESE, William Soares. **A ratio da jurisprudência**: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade. 2016. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2016.

PUGLIESE, William Soares; SANTOS, Ramon Ouais. A teoria dos precedentes como uma teoria normativa da jurisdição. **Revista de Processo**, v. 42, n. 272, p. 375-396, out. 2017. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/114037>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

PULCINELLI, Eliana. **STF como Indutor da Mudança no Constitucionalismo de Transformação**. Curitiba: Juruá, 2016.

ROMÃO, Pablo Freire; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro. **Precedente Judicial no Novo Código de Processo Civil**: tensão entre segurança e dinâmica do direito. Curitiba: Juruá, 2015.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e a formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 133-201.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. (e-book)

SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário**. v. 1. 5. ed. Curitiba: Alteridade, 2014.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Seguridade Social como Direito Fundamental Material**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVEIRA NETO, Honório. **Fundamentos do Estado Democrático de Direito**. Resumo da aula proferida no Curso de Direito Constitucional organizado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em 17.03.1989. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1416/1345>>. Acesso em: 09 dez. 2017.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim. 1. ed., 2. reimpr. Curitiba: Juruá, 2013.

SPADONI, Joaquim Felipe. Reclamação. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.). **Temas essenciais do novo CPC**: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro de acordo com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

STF – Supremo Tribunal Federal. **Estatísticas do STF**. [09.09.2017]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica>>. Acesso em: 09 set. 2017.

STF – Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 888.815/RS**. 14.05.2015. Inteiro teor. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4774632>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. O solilóquio epistêmico do ministro Roberto Barroso sobre precedentes. **Revista Consultor Jurídico**, 3 de novembro de 2016a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-03/senso-incomum-soliloquio-epistemico-ministro-barroso-precedentes>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Precedentes? Decisão de 4 linhas do STF contém três violações ao CPC. **Revista Consultor Jurídico**, 10 de novembro de 2016b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-10/senso-incomum-precedentes-decisao-linhas-stf-contem-tres-violacoes-cpc>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes. 2. ed., ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. (Edição digital).

TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e a força vinculante (ou “devagar com andor que o santo é de barro”). In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. (Série Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos. V. 12). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (Coords.). **La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional** – Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, Tomo V, Juez y sentencia constitucional. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2559/39.pdf>>.

TRF4 – Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Pesquisa de jurisprudência. [2018]. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal**: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.2.2012.tde-27092012-094000. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/pt-br.php>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, 2006. Disponível em: <<http://www.humanities.mcmaster.ca/~walucho/3Q3/Waldron.Core%20Case%20Judicial%20Review%20Yale%20LJ.pdf>>. Acesso em: 09 dez. 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

7 BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ABBOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Princípio da impessoalidade. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p. 109-118.

ANFIP – Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil e Fundação ANFIP de Estudos da Seguridade Social. **Análise da Seguridade Social em 2006**. Brasília: ANFIP, 2007.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. Série Produção Científica – Direito Desenvolvimento Justiça. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Política e Constituição**: os caminhos da democracia. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução e revisão de: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução de: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARBONELL, Miguel. Los Derechos Sociales: elementos para una lectura em clave normativa. **Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região**, n. 03-2010, p. 34-57. Disponível em: <<http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Cadernos%20da%20Escola%20Judicial/2010/Cadernos%20da%20Escola%20Judicial,%20v%202,%20n%2003,%20p%2034-57,%202010.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

FREITAS, Juarez. Respeito aos precedentes judiciais iterativos pela Administração Pública. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 211, 117-123, jan./mar. 1998. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v211.1998.47130>. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47130>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Assistência Social às Famílias nas Constituições Brasileiras**: institucionalização dos espaços domésticos e poder. Prefácio de Jorge Miranda. Curitiba: Juruá, 2009.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia** (UniBrasil), Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/417/324>>.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de: Luís Carlos Borges. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOPES, Márcio Marçal. **Efeito vinculante dos precedentes, segurança jurídica e prestação jurisdicional como garantia fundamental**. 2012. 132f. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Faculdade de Direito. "Prof. Jacy de Assis" (FADIR). Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Uberlândia, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13190/1/d.pdf>>.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE GOIÁS. **Histórico da Política de Assistência Social**. Texto produzido para a Capacitação Regional de Conselheiros Estaduais e Municipais de Assistência Social. Agosto/2000. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portaIweb/hp/41/docs/historico_da_politica_de_assistencia_social_-_2000.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil: apontamentos gerais. In: FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. (Coords.). **O Novo Código Civil**: homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003. p. 398-444.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e Direito Privado. **Revista de Direito do Consumidor – RDC**, v. 16, n. 61, p. 90-125, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/85850>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. Precedentes e jurisprudência: uma distinção necessária no sistema jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 10, n. 3, p. 2079-2111, 2º quadrimestre de 2015. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/8110>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

SILVA, Thais Sampaio da. **A resposta correta**: as decisões judiciais e o caso do direito à assistência social. 2014. 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 10. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/35663/r%20-%20d%20-%20thais%20sampaio%20da%20silva.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 02 jan. 2016.